THÈSE DE
POITIERS.
1883
N°. 5.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE LA RESTITUTION DE LA DOT

EN DROIT ROMAIN

DES DROITS DE LA FEMME

DANS LA FAILLITE DU MARI

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

Et soutenue le lundi 2 juillet 1883, à 3 heures du soir

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

L. LHÉRITIER DE CHEZELLE

Avocat à la Cour d'Appel

POITIERS

IMPRIMERIE TOLMER ET Cie

RUE DE LA PRÉFECTURE

1883

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE LA RESTITUTION DE LA DOT

EN DROIT ROMAIN

DES DROITS DE LA FEMME

DANS LA FAILLITE DU MARI

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

Et soutenue le lundi 2 juillet 1883, à 3 heures du soir

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

L. LHÉRITIER DE CHEZELLE

Avocat à la Cour d'Appel

POITIERS

IMPRIMERIE TOLMER ET Cie

RUE DE LA PRÉFECTURE

1883

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS.

MM. THÉZARD (A), *Doyen, professeur de Code civil.*

DUCROCQ (✠ I), *Doyen honoraire, professeur de Droit administratif et d'économie politique, correspondant de l'Institut.*

MARTIAL PERVINQUIÈRÉ (✠ I), *professeur honoraire et Doyen honoraire.*

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I), *professeur de Code civil.*

LE COURTOIS (I), *professeur de Code civil.*

NORMAND (A), *professeur de Droit criminel.*

PARENTEAU-DUBEUGNON (A), *professeur de Procédure civile.*

ARTHUYS, *professeur de Droit commercial.*

BONNET, *professeur de Droit romain.*

PETIT, *professeur de Droit romain.*

BARRILLEAU, *agrégé, chargé du cours d'histoire général du Droit français public et privé.*

ARTUR, *agrégé, chargé du cours de Droit international privé.*

MOUCHET, *docteur en droit, chargé des fonctions d'agrégé.*

M. COULON (A), *secrétaire agent comptable.*

COMMISSION :

PRÉSIDENT, M. ARTHUYS, Professeur.

SUFFRAGANTS : M. LE COURTOIS, M. PARENTEAU-DUBEUGNON, M. PETIT, Professeurs.

M. ARTUR, Agrégé.

DROIT ROMAIN

DE LA RESTITUTION DE LA DOT

INTRODUCTION

Dans les premiers temps de Rome, la restitution de la dot fut certainement chose inconnue. *Causa dotis est perpetua*, disent les textes latins, et, en effet, il suffit de considérer la famille romaine à son origine pour comprendre ce que l'idée de restitution aurait eu d'incompatible avec la puissance si despotique du chef de famille.

A dire vrai, la femme ne se rangeait pas toujours sous la puissance du mari, car nous voyons à Rome, avant la loi des Douze-Tables, deux sortes de mariages.

L'un produisant la *manus*, c'est-à-dire faisant entrer la femme sous la domination absolue de son mari. Ce mariage était consacré par des cérémonies religieuses : *confarreatio* ; ou par une vente fictive : *coemptio* ; ou encore par une année de possession : *usu*. C'étaient les justes noces, *justæ nuptiæ*. Le mari devient, dans

ce cas, maître de la personne et des biens de sa femme qui se sépare de sa famille primitive par une *capitis deminutio*. Elle est comme sa fille, *loco filiæ*, et n'a que le rang de sœur consanguine des enfants qu'elle lui donne.

Enfin tel est ce droit absolu du mari qu'il peut condammer sa femme à mort, d'abord seul, et plus tard dans un tribunal domestique composé de ses proches.

Nous venons de dire que, grâce au mariage, la femme passait de la puissance de son père sous celle de son mari, et alors le père fournissait la dot, qui était en quelque sorte une compensation de la perte que la femme subissait dès ce jour sur tous les droits de succession dans la famille qu'elle abandonnait. Parfois aussi la femme était *sui juris*, et, au moment de l'*in manus conventio*, ses biens tombaient dans le patrimoine du mari. Nous n'admettons pas que ce soit là une dot proprement dite, car l'acquisition des biens n'est que la conséquence de l'acquisition de la manus, mais cependant cette acquisition est l'équivalent de la dot et en tient lieu.

Dans l'autre mariage, pas de *capitis deminutio*, et pas d'acquisition de la *manus* par le mari. Mais, les charges et les bèsoins du mariage étant les mêmes, la dot était également nécessaire et était remise au mari, soit par la femme si elle était *sui juris*, soit par le père de famille si elle était en sa puissance. Là encore la dot devenait la propriété du mari et devait être plus tard transmise aux enfants qui naîtraient du mariage.

Dans ces deux cas, quelle était donc, à la dissolution du mariage, la situation de la femme, et quelle part lui

accordait la loi dans la fortune de son mari si elle venait à lui survivre? Peu de chose, en vérité. Dans le premier cas, la perte irrévocable de sa dot n'était compensée que par l'acquisition d'un droit de succession sur la fortune de son mari, puisque, vis-à-vis du mari, la femme se trouvant *loco filiæ*, partageait avec ses propres enfants la fortune qu'elle avait apportée ou qu'elle avait contribué à augmenter.

Dans le second cas, c'était pis encore. La femme perdait sa dot, sans acquérir aucun avantage en échange. Nous avons vu, en effet, que cette dot devenait la propriété du mari; et comme la femme elle-même restait *sui juris* ou sous la puissance de la famille paternelle, elle n'acquérait aucun droit à la succession de son conjoint.

L'usage apporta cependant un adoucissement à cette situation en imposant au mari l'obligation de laisser à la veuve, ou sa dot, *prælegatum dotis*, ou du moins un legs qui la mît à l'abri du besoin.

Cet état de choses régna à peu près jusqu'au milieu du v[e] siècle; mais, à cette époque, les mœurs se relâchant, le mariage cessa d'être empreint de ce caractère d'austérité et surtout d'indissolubilité qui jusqu'à ce moment pouvait seul justifier la perpétuité de la dot. Le divorce apparut; Carvilius Ruga en donna le premier l'exemple, et c'est alors qu'on dut trouver un moyen de protéger les intérêts de la femme en lui permettant de reprendre sa dot. « *Servius Sulpicius in libro quem composuit de dotibus, tum primum cautiones rei uxoriæ necessarias esse visas scripsit, quum Spurius Carvilius divortium fecit* (1). »

(1) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, IV, 3.

Ce moyen de protection fut la restitution de la dot, qui, tout d'abord conventionnelle, fut assurée par une stipulation faite au moment faite du pacte matrimonial : « *Dos interdum his conditionibus dari solebat, ut si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius æquius esset, apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori.* (1). »

Cette convention de restituer la dot parut ainsi répondre aux besoins nouveaux qu'avait fait naître le divorce à une époque où certaines dames illustres, dit Sénèque, ne comptaient plus leurs années par le nombre des consuls, mais par le nombre de leurs maris. Le préteur, jugeant à propos de donner force de loi à une coutume si utile, la consacra en décidant qu'elle serait sous-entendue toutes les fois qu'elle n'aurait pas eu lieu en réalité, et chargea le juge de déterminer selon l'équité quelle partie de la dot devait être restituée. Un second point restait à régler: c'était la transmission de la fortune aux enfants nés du mariage. On laissa subsister cette transmission, et le mari eut le droit de conserver, à cet effet, une partie de la dot proportionnelle au nombre des enfants. Après avoir laissé au juge le soin de décider quelle serait cette quote-part, on la fixa à un sixième par enfant, sans toutefois que la moitié de la dot pût être jamais dépassée.

Mais aussi la femme n'étant plus maintenant, comme jadis, réputée coupable par le seul fait du divorce, le mari ne put conserver pour ses enfants cette quote-part de la dot lorsque la séparation avait eu lieu par sa

(1) Boëce, Top. Cicer., XVII, 66.

faute. Écartant par son fait celle qui pouvait le seconder dans les soins du ménage et l'éducation des enfants, il était juste qu'il eût à soutenir avec ses propres ressources les charges qu'il s'était ainsi créées.

Voilà donc pour la femme une situation tout autre et, sans nul doute, beaucoup plus avantageuse que celle qui lui avait été faite primitivement. Mais ce nouvel état de choses ne suffisait pas à lui enlever certaines appréhensions à l'égard de sa dot et à ne pas rendre parfois très-illusoire l'exercice du droit de restitution qui lui avait été conféré; car, ce droit éventuel laissant subsister tout entière sur les biens dotaux la puissance du mari, celui-ci, par cela même, restait libre d'hypothéquer ou d'aliéner ces biens.

Là encore un remède était nécessaire, et il fut apporté d'autant plus vite que, grâce au luxe et à la corruption, le mariage ayant été déserté ou s'étant converti en une sorte de concubinat légal par l'abus des divorces, l'État se vit menacé de manquer de citoyens. Il y avait donc à envisager dans cette situation un intérêt d'ordre public, celui du repeuplement de l'empire.

Favoriser le mariage en punissant le célibat et écarter, par l'établissement de garanties au profit des femmes, les craintes qu'elles pouvaient avoir pour leurs dots en se mariant, tel fut le but qu'Auguste essaya d'atteindre. La dot eut naturellement, et en première ligne, sa part dans les nouvelles mesures prises, puisque la conservation de cette dot était chose indispensable pour toute femme voulant contracter mariage : « *Reipublicæ interest dotes mulierum salvas esse, propter quas nubere possint.* »

On vit alors paraître les lois Julia *De maritandis or-*

dinibus et *Pappia Poppæa*, appelées lois caducaires par les jurisconsultes romains : la loi Julia *De adulteriis et de fundo dotali*, qui réprima sévèrement l'adultère et qui défendit au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme. De plus, il fut décidé que le mari ne pourrait hypothéquer le fonds dotal, ni le donner en gage, même avec le consentement de la femme ; on crut devoir prohiber l'hypothèque plus rigoureusement que la vente, parce qu'elle entraîne une aliénation future et non actuelle, et que la femme s'y serait prêtée avec plus de facilité.

La dot immobilière fut donc ainsi protégée d'une façon bien plus efficace, et de plus on accorda à la femme un privilège pour obtenir le recouvrement des créances dotales. Ce fut le *privilegium exigendi*, qui lui donna un droit de préférence sur les créanciers chirographaires.

Malgré tout, la dot de la femme courait encore bien des dangers. Le mari pouvait dissiper sa fortune ou, par une administration inintelligente, laisser déprécier les immeubles confiés à ses soins, et les deux époux pouvaient ainsi, à un moment donné, se trouver sans ressources par la faute du mari. Le privilège de la femme devenait alors d'un secours bien mince, puisque ce droit personnel, dépourvu de suite, n'avait plus à s'exercer que contre une personne insolvable. Dans ce cas, la femme, impuissante à sauvegarder ses intérêts, n'avait plus qu'une ressource : c'était le divorce ; et le mal qu'on avait voulu prévenir reparaissait de cette façon.

Comme remède, on eut recours à une fiction. La fiction jouait un grand rôle dans la législation romaine. On considéra le divorce comme ayant eu lieu, et, dès

lors, la femme eut le droit de réclamer sa dot lorsque les prodigalités ou la mauvaise administration de son mari lui faisaient craindre la perte totale ou même partielle de son apport.

Cet état de choses subsista depuis le commencement de l'époque classique jusqu'à Justinien, qui mérita le titre d'*uxorius* en accordant à la femme d'immenses avantages.

Les innovations fondamentales de Justinien se trouvent dans trois textes du Code. La loi 30, au Code, *De jure dotium*, formée par une première constitution de 529, étend le privilège dont jouissait la femme et le rend opposable à tous les créanciers du mari sans exception, hypothécaires ou chirographaires.

Une constitution de l'année suivante, renfermée par la loi unique, au Code, *De rei uxoriæ actione*, confère à la femme une hypothèque légale.

Enfin une constitution de 231 (L. 12, au Code, *Qui potiores*) transforme cette hypothèque légale en hypothèque privilégiée.

Ainsi s'établit graduellement et sans secousse cette réforme, qui ne devait trouver son terme que dans la jurisprudence de nos pays de droit écrit.

CHAPITRE I

Quand et à qui doit être restituée la dot

La dot ne peut être restituée qu'à la dissolution du mariage. De ce principe ressortent visiblement deux conséquences : c'est que le mari ne peut se dépouiller de la dot, *constante matrimonio*, et que la femme, de son côté, ne peut imposer cette restitution au mari.

La dot ne peut pas être rendue pendant le mariage.

La dot ne peut pas être redemandée pendant le mariage.

Ces règles ont des motifs différents. La première a pour base la conservation de la dot. La restitution est défendue pour empêcher la femme de dissiper sa dot, ce qui l'exposerait à ne plus pouvoir se remarier. Il y a là une considération d'intérêt public.

La seconde règle s'explique par le but même de la dot. En effet, la dot n'a été donnée au mari que pour subvenir aux charges du mariage, et son but n'est rempli qu'à la fin de cette association.

Plusieurs interprètes se sont beaucoup occupés de l'explication de ces règles, et, relativement à la première, nous nous trouvons en face de deux systèmes.

Certains auteurs, en effet, ont cru trouver le vrai motif de cette première règle dans la prohibition des

donations entre époux qui, faisant considérer la restitution comme une donation du revenu de la dot, l'annule par conséquent d'une façon complète. Au profit de leur opinion, ces auteurs invoquent la constitution d'Honorius et de Théodose (L. unic., Cod., *Si, dos matrimonio constante soluta fuerit*), qui semble assimiler la restitution anticipée de la dot à la donation. Ce texte permet au mari de réclamer la dot rendue sans cause légitime, avec les fruits, depuis le jour de la restitution : « *Si, constante matrimonio, a marito uxori dos sine causa legitima refusa est, quod legibus stare non potest quia donationis instar perspicitur obtinere, eadem uxore defuncta ab ejus heredibus cum fructibus ex die refusæ dotis marito restituatur.* »

Les mêmes auteurs s'appuient encore sur un passage de Paul (L. 28, Dig., *De pactis dotalibus*) qui traite de donation la restitution anticipée : « *Dico si ante nuptias id convenerit, valere pactum, eoque modo minorem dotem constitutam; post nuptias vero, quum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, jam de suo maritus paciscitur, ut dimittat creditorem, et erit mera donatio.* »

Nous rejetons cette opinion et nous préférons suivre le système contraire en considérant l'interdiction de cette restitution anticipée établie plutôt dans l'intérêt de la femme que pour l'avantage du mari; car, bien que la donation et la restitution donnant au mari un droit à la répétition puissent offrir tout d'abord ce point de ressemblance entre elles, il n'en est pas moins vrai que toutes les deux diffèrent aussi sur plusieurs points essentiels.

Et déjà, comment expliquer la fin du texte que nous

citions tout à l'heure : *eadem uxore defuncta...*, qui donne au mari le droit de réclamer non seulement le capital rendu, mais encore les intérêts, alors que les donations entre époux sont valables, lorsqu'elles sont faites sur les revenus du donateur et non sur son capital : « *De fructibus quoque videamus si ex fructibus prædiorum, quæ donata sunt, locupleta sit ; an in causam donationis cadant ? Et Julianus significat fructus quoque, ut usuras, licitam habere donationem* (1). » Et encore deux textes d'Ulpien, dont l'un (L. 27 § 1, Dig., *De religiosis et sumpt. funer.*) dispense le mari de concourir aux frais de la sépulture de sa femme, quand il a restitué valablement la dot, dans un cas d'exception légale, et l'autre (L. 1 § 5, Dig., *De dote prælegata*) porte qu'une restitution ainsi faite annule le legs de la dot.

Nous devons aussi considérer le caractère des lois qui ont édicté ces deux prohibitions pour nous rendre compte de la différence du but qu'elles sont destinées à remplir. La prohibition des donations entre époux était destinée, à une époque de luxe et de dépense, à assurer le patrimoine de chacun des conjoints contre la faiblesse ou la cupidité de l'autre, tandis que la défense de la restitution anticipée de la dot paraît avoir été établie par les lois Julia et Pappia Poppæa, désignées vraisemblablement dans le texte d'Ulpien que nous venons de citer tout à l'heure (L, 27, *De religiosis*), par ces mots : *ni quibus hoc legibus permissum est* ; et ces lois renfermaient diverses mesures propres à garantir la conservation de la dot.

(1) L. 17, Dig., *De donat. vir. et ux.*

Quant à la dot réceptice, rien de ce qui vient d'être dit ne saurait s'y appliquer. Destinée à revenir un jour entre les mains du donateur, elle peut lui être remise au cours du mariage, et cette restitution constitue alors un paiement anticipé parfaitement valable. Elle ne peut jamais au contraire être remise à la femme. Il y aurait là une véritable donation que le mari pourrait répéter, et d'ailleurs il n'en serait pas moins responsable à l'égard du donateur, auquel il continuerait de devoir la dot.

Nous avons dit que la dot ne pouvait être ni rendue ni redemandée pendant le mariage. Mais ces deux règles souffrent des exceptions.

Celles que comporte la première règle permettent aux époux de régler durant le mariage leurs intérêts respectifs et de se libérer l'un envers l'autre, sans craindre que la dot soit dissipée par la femme.

Ces cas d'exception sont énumérés dans la loi 73 § 1, Dig., *De jure dotium*, et la loi 20, Dig., *Solut. mat.* Remarquons, dans le second des textes, ces mots : *quia justa et honesta causa est, non videtur male accipere*, qui plaident en faveur de notre système en démontrant que le but de la loi était d'empêcher que la dot ne fût remise à la légère entre les mains de la femme.

Étudions maintenant ces exceptions, avec les controverses auxquelles elles ont donné lieu.

1° La dot peut être restituée à la femme pour son entretien et celui de ses esclaves : *ut se suosque alat.* Cette exception a son utilité lorsque le mari, absent pour de longues années, ne peut gérer lui-méme les biens dotaux.

D'ailleurs il est tout naturel que la femme soit en

possession de la dot et en perçoive les revenus, lorsqu'elle supporte les charges en vue desquelles cette même dot a été constituée. Citons comme conséquence de cette idée, ce passage d'Ulpien : « *Quid dicimus si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret et mulier se suosque aleret, tuere tur ve, et universa onera sua expediret ? Quare non dicas conventionem valere* (1), » qui autorise le mari à capitaliser les revenus de la dot pour la femme pendant que celle-ci, de son côté, s'engage à supporter les charges du mariage.

2° La deuxième exception a lieu « *ut æs alienum solvat* ». Là se place une controverse. Faut-il admettre la restitution toutes les fois qu'il y a dettes, ou dire que la restitution n'aura lieu que lorsque les autres biens de la femme ne lui suffiront pas pour désintéresser les créanciers ?

Pour soutenir le second système, on s'appuie, et à tort, nous le croyons, sur la loi 28, Dig., *De pact. dot.* Nous considérons en effet ce texte comme étranger à la questions, et nous acceptons dans sa généralité la proposition de la loi 20, Dig., *Solut. mat.*, que la restitution anticipée de la dot est valable quand elle a lieu pour payer les dettes de la femme (2).

Un texte de Scévola, qui prévoit une hypothèse où les revenus des biens dotaux sont moindres que ceux des paraphernaux, pourrait encore servir d'argument aux partisans du second système ; mais rien dans ce texte ne permet de croire que si l'hypothèse eût été

(1) L. 4, Dig., *De pact. dot.*

(2) L. 85. Dig., *De jure dotium.*

modifiée, la solution eût été différente, et nous pensons au contraire que l'on peut s'appuyer sur cette loi lorsqu'il s'agit de soutenir que la restitution doit avoir lieu chaque fois que la femme a des dettes.

La restitution de la dot n'a d'ailleurs, dans ce cas, rien que de très conforme à l'esprit de la loi, qui, voulant conserver à la femme son avoir et la garantir contre de folles prodigalités, n'a pas entendu lui interdire des actes de sage administration.

Qu'arrivera-t-il maintenant, si le fonds donné en dot a été hypothéqué aux créanciers de la femme, s'il y a eu fraude à leur préjudice, ou si tous les biens de la femme ont été constitués en dot ?

Dans le premier cas, le créancier conserve toujours le droit de faire vendre.

Dans le second, le mari, complice de la fraude, peut être poursuivi, et alors il doit payer les créanciers ou abandonner l'immeuble.

Dans le troisième cas, la femme, d'après Paul (1), a seule le droit d'agir contre son mari.

3° La restitution peut être faite à la femme « *ut fundum idoneum emat* ». Tous les interprètes n'ont pas donné aux mots *fundum idoneum* la même signification. Un auteur allemand voit dans l'immeuble dont il est question une sûreté que la femme serait obligée de procurer à un créancier. Nous abandonnons complètement cette traduction quelque peu fantaisiste. *Fundus idoneus* signifie simplement un immeuble avantageux, et le but de la loi dans cette exception à la restitution

(1) L. 72. Dig., *De jure dotium.*

de la dot paraîtra rempli d'une façon complète, si l'on veut considérer qu'à cette époque l'achat des immeubles était la plus sûre manière de placer son argent.

Faut-il maintenant considérer comme dotal le fonds acheté avec l'argent restitué à la femme ? Nous ne le pensons pas, car dans ce cas il y aurait eu simplement un changement dans la nature de la dot, et non une exception à la restitution.

4° Enfin, les lois précitées autorisent encore la restitution anticipée de la dot, afin de soutenir les proches de la femme, les racheter de captivité et leur fournir des aliments (L. 73 § 1, *De jure dotium*, et L. 20, *Soluto matrimonio*; Dig.,). Ici encore on se trouve en présence de nombreuses controverses à propos des mots *egentem virum* contenus dans la première loi. Faut-il entendre par ces mots un premier mari divorcé et tombé dans le besoin, auquel la femme voudrait porter secours ? — L'expression *egens vir* rend mal, à elle seule, cette idée. — Ou bien le mari actuel encore sous la puissance d'un père de famille détenteur de la dot que la femme réclame? Il faut, pour cela, supposer que le mari n'ait pas été émancipé lors du mariage, que le père de famille soit dans l'impossibilité d'administrer les biens dotaux et qu'il n'ait pas assez de confiance dans les capacités de son fils pour lui remettre la dot ; ou encore, corrigeant le texte de la loi 73, lire, comme dans la loi 20, *filium ex alio viro egentem*, au lieu de *egentem virum* ? Peut-être est-ce cela; néanmoins nous préférons adopter l'interprétation de M. de Vangerow, qui suppose une dot dont les revenus sont insuffisants pour soutenir le mari. Celui-ci la rendrait alors à la femme, qui pourrait la convertir en valeurs plus pro-

ductives, ou même consommer le capital ; mais alors le mari serait déchargé de toute responsabilité.

Dans toutes les hypothèses autres que celles que nous venons d'indiquer, la restitution de la dot n'est pas valable Le mari se verrait donc exposé à rendre la dot deux fois si elle venait à être dissipée par sa femme après une restitution inopportune.

Maintenant, si, comme dans le système que nous avons combattu plus haut, l'on considère la restitution de la dot comme une donation prohibée, le même effet ne se produira pas ; car, la nullité de la donation devant être alors prononcée au bénéfice du mari, la femme ne pourra l'invoquer.

Au cas où la femme n'emploierait pas sa dot comme il avait été convenu au moment de la restitution, le mari serait-il néanmoins libéré ? Bien que la condition d'emploi paraisse formellement exigée dans ce texte de Scévola : « *Respondit, si pretium creditori solvatur, recte solutum* , » nous pensons que la responsabilité cesse, à condition, bien entendu, que le mari n'ait restitué la dot, sachant qu'elle serait mal employée : « *Cæterum, si non perdituræ et ex justis causis dos soluta sit, non supererit actio* (1). »

Le mari, d'ailleurs, peut, de plusieurs façons, mettre sa responsabilité à couvert. Il peut d'abord faire lui-même l'emploi de la dot ou confier ce soin à un mandataire ; puis, si la femme n'a pas fait servir sa dot à l'usage indiqué, il a contre elle une *condictio ob causam dati causa non secuta*, quand bien même elle n'aurait

(1) L. 22, § 1. Dig. *Solut. mat.*

pas dissipé la dot. Enfin, il pourrait obtenir de la femme une promesse qui lui permettrait d'agir contre elle par l'action *ex stipulatu*, au cas où elle ne tiendrait pas ses engagements.

Nous venons de voir dans quels cas la dot pouvait être rendue, et nous allons examiner maintenant dans quelle circonstance on peut faire infraction à la règle.

La dot ne peut être redemandée pendant le mariage.

A cette règle il est fait une seule exception : c'est en cas d'insolvabilité du mari. L'existence de la dot tout entière étant alors en péril, il était permis à la femme d'en exiger la restitution pendant le mariage. C'est le seul moyen qu'elle pouvait avoir de conserver son apport, et elle y parvenait au moyen d'une fiction. On considérait le divorce comme ayant eu lieu et elle attaquait son conjoint par l'action *rei uxoriæ utilis quasi facta divortio.*

Le mari, en effet, bien que devant compte à la femme de la gestion de sa dot, bien qu'étant responsable de son dol et de sa faute quel qu'en soit le caractère (1), pouvait dissiper la dot, et alors peu importait, dans ce cas, la responsabilité que la femme eût invoquée en vain. La restitution pouvant seule assurer à la femme un secours efficace, Ulpien lui accorda en ces termes le droit de l'exiger : « *Si, constante matrimonio, et propter inopiam mariti, mulier agere volet, unde exactionem competere ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere* (2). » Ce n'était pas assez ; la femme, ne devant agir pour ainsi dire

(1) L. 17, Dig., *De jure dotium.*

(2) L. 24, Dig., *Solut. mat.*

qu'après la ruine de son mari, se trouvait encore bien insuffisamment garantie contre la mauvaise administration de celui-ci. On lui permit alors d'agir aussitôt que son mari lui aurait donné, au sujet de sa dot, des inquiétudes sérieuses causées soit par sa folie, soit par sa prodigalité, soit par une mauvaise gestion, fût-elle même involontaire : « *Ubi adhuc matrimonio constante maritus ad inopiam sit deductus et mulier prospicere velit* (1). »

Il va sans dire qu'elle pouvait exercer ce droit contre son beau-père, si celui-ci, détenteur de la dot à la place de son fils encore *in manu*, lui faisait courir les mêmes risques.

D'un autre côté, si la femme était encore soumise à la puissance paternelle, c'était le père qui devait exercer ce droit. Mais il ne pouvait le faire que *adjuncta filiæ persona*. Il n'est pas nécessaire que la femme consente, dans ce cas, à la restitution. Il suffit que, présente, elle n'y contredise pas. Si elle est absente ou en état de démence, le père peut agir seul en donnant la caution *de rato*. Si, de son côté, le père est *furiosus* et qu'il n'ait pas de curateur, ou s'il est en captivité, la femme agit seule, mais elle doit aussi donner la caution *de rato* (2).

Tout en restant libre d'exercer un droit qui lui est essentiellement personnel, la femme n'en reste pas moins obligée d'indemniser ceux auxquels son inaction aurait pu causer du tort. Ainsi la femme cesse d'être tenue de rapporter sa dot dans la succession paternelle

(1) L. 29, Cod., *De jure dotium.*

(2) L. 22, § 10 et 11, Dig., *Solut. mat.*

si son mari est insolvable, à moins toutefois qu'elle n'ait négligé d'intenter l'action en restitution, car il y a là faute de sa part : « *Si quidem suæ potestatis, et perfectæ ætatis mulier est, sibimet culpam inferat, cur mox viro inchoante male substantia uti non percepit, et non auxiliata est sibi* (1). »

Dans le cas où les créanciers exerceraient une *bonorum venditio* contre le mari avant que la femme n'ait réclamé sa dot, elle aurait encore la possibilité d'agir contre l'acquéreur et de faire verser entre ses mains le prix offert.

La femme, grâce à une constitution d'Alexandre Sévère, peut encore revendiquer sa dot contre le fisc lorsqu'elle a maintenu son mariage avec son mari déporté.

Enfin, si un homme *sui generis* marié se donne en adrogation, l'adrogeant acquiert tous ses biens, à condition d'en supporter les charges, et s'oblige par là même à la restitution de la dot de la femme.

Quand le mariage est dissous par le décès du mari ou par le divorce, la restitution de la dot doit toujours avoir lieu, et la femme pourra réclamer tout aussi bien la dot qui a été constituée par un tiers que celle qu'elle s'est constituée elle-même, bien que ce point ait été contesté, grâce à la loi 11, au Code, *Solut. mat.* : « *Si constante matrimonio maritus fuerit fatali sorte consumptus, dos, quæ data dicitur, vel promissa, ex ejus uxoris facultatibus, ad eamdem revertatur.* » D'où il semblerait résulter que la femme n'a pas le droit de reprendre les choses qui ne sont pas sorties de son

(1) Ch. VI, Nov. XCVII

patrimoine. On serait ainsi amené à décider que la dot profectice ne doit pas être restituée, ce qui est inadmissible. Aucune raison ne peut être donnée pour traiter moins bien la femme dans ce cas qu'en cas de divorce. Du reste, ce qui prouve que ce texte ne doit pas être pris à la lettre, c'est qu'il a été reproduit par Justinien, bien qu'à son époque la dot dût toujours être restituée.

Quand le mariage a été dissous par le décès de la femme, la dot, si elle est profectice, retourne au père, *ne filiæ et amissæ et pecuniæ damnum sentiret*, en réalité parce que le père a voulu doter sa fille et non gratifier le mari, et surtout parce que, le père étant obligé de doter, le retour était une compensation. C'était d'ailleurs un moyen d'encourager les parents à doter. Ce droit de retour est entièrement personnel et ne peut être transmis aux héritiers. Dès lors, si le père décède avant sa fille, le mari se trouve libéré.

Les jurisconsultes romains discutaient sur le point de savoir si la dot constituée par l'aïeul de la femme mort avant cette dernière pouvait être réclamée par le père devenu chef de famille. Servius et Labéon décidaient que, dans ce cas, la dot devait rester au mari. Celse était de l'avis contraire. Nous résoudrons la question par une distinction. Si l'aïeul a été déterminé à doter sa petite-fille par affection pour elle et sans songer à rendre service à son fils, la dot ne reviendra pas au fils. L'aïeul, au contraire, a-t-il eu l'intention d'accomplir à la décharge de son fils le devoir imposé à celui-ci de doter sa fille, la dot ainsi donnée à cause du fils, en sa considération, lui fera retour.

Si la dot est adventice, le mari n'a pas à la restituer

lors du décès de sa femme ; c'est un gain qui lui appartient et que les textes appellent *retentio lucri dotis*.

Autre particularité : le mari garde comme dot adventice la partie de la dot que la mère de la femme a valablement constituée par *datio*, mais il ne peut exiger la partie qu'elle a constituée par voie de *dictio*, parce que la mère ne s'oblige pas valablement de cette manière : « *Mater pro filia partem dotis dedit, partem dixit, filia in matrimonio decessit, relictis filiis ex alio matrimonio ; quæro de jure dotis. Paulus respondit eam quæ data est, mortua in matrimonio muliere, apud virum remansisse; eam quæ dicta est a matre, peti non posse.* » (Vat. fr., § 100.)

On doit appliquer à l'esclavage les mêmes règles qu'à la dissolution par la mort d'un des époux.

Quand c'est le mari qui est captif, la femme pourra toujours reprendre sa dot, soit que ce dernier meure en captivité, soit qu'il revienne ; car, dans les deux cas, le mariage a été dissous.

Si c'est la femme qui est prisonnière, la dot profectice ne revient au père qu'autant qu'elle est morte *in captivitate* ; car l'action en restitution appartiendrait à la femme elle-même si elle recouvrait la liberté (1).

Si le mari tuait sa femme, les héritiers auraient l'action de dot, nous dit Proculus. Il est juste, en effet, que le mari n'ait pas l'espoir de bénéficier de son crime (2).

Justinien décida que le mariage ne serait dissous, par suite de captivité, qu'après un délai de cinq ans, Par

(1) L. 10, Dig., *Solut. mat.*
(2) L. 10, § 1. Dig., *Solut. mat.*

conséquent, le mariage ne sera maintenu que si le conjoint revient avant l'expiration des cinq ans ; et, en cas de captivité du mari, la femme ne pourra demander la restitution de la dot qu'après ce terme (1).

(1) L. 6, Dig., *De divortiis.*

CHAPITRE II

Des actions en restitution de la dot

Sous ce titre nous aurons à examiner plusieurs actions tendant à la restitution de la dot. La principale est l'action *rei uxoriæ* qui n'a pourtant fait que succéder à l'action *ex stipulatu;* l'action *ex testamento*, et enfin l'action *præscriptis verbis*

L'action *rei uxoriæ* est l'action de droit commun qui permettra à la femme, dans tous les cas, de réclamer tout ce que la loi et l'équité doivent lui faire attribuer.

L'action *ex stipulatu* dérivé d'une stipulation dont elle suppose l'existence et sera remplacée par l'action *præscriptis verbis* toutes les fois qu'un pacte sera intervenu entre les parties au lieu d'une stipulation.

Enfin l'action *ex testamento* suppose l'existence d'une libéralité testamentaire par le mari.

ACTION *rei uxoriæ.*

La formule de cette action est *in bonum et in*

æquum concepta ; et Cicéron nous apprend qu'on y trouvait ces expressions *æquius melius*, expressions tout exceptionnelles qui étendent encore les pouvoirs du juge : « *Judiciis in quibus additur ex fide bona....., in arbitrio rei uxoriæ melius æquius in fiducia ut inter bonos bene agitur. Quid ergo? aut in eo quod melius æquius potest ulla pars inesse fraudis?* »

Quelques actions seulement jouissaient, dans leur formule, de cette différence importante au point de vue des résultats qu'elle amenait : c'étaient les actions *injuriarum, sepulchri violati*, *de effusis* et *rei uxoriæ*. Elles ne tendaient pas seulement à une réparation pécuniaire, elles avaient aussi pour but la réparation d'un préjudice moral ; de là les deux caractères bien distincts que l'on rencontre daus ces actions.

Elles sont d'abord exclusivement attachées à la personne physique. C'est ainsi que l'action *rei uxoriæ* ne se transmet pas aux héritiers, à moins que la femme ne modifie la nature de son droit en mettant son mari en demeure : « *Post divortium*, *defuncta muliere, heredi ejus actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit* (1). » De plus, elles ne se perdent pas par la *capitis deminutio*, mais elles sont éteintes par le décès de celui à qui elles appartenaient. C'est une conséquence de ce que nous venons de dire que ces actions sont exclusivement attachées à la personne physique.

Le second caractère est une liberté d'appréciation absolue conférée au juge, en sorte que deux juges également honnêtes et clairvoyants qui, dans des actions

(1) Ulp., *Regul.*, VI, § 7.

de bonne foi, seraient parvenus à des résultats semblables, pouvaient arriver à deux solutions différentes dans les actions *in bonum et æquum conceptæ*.

Le juge devant lequel sera portée l'action *rei uxoriæ*, par exemple, sera donc autorisé par la formule à adopter tous les tempéraments que lui suggérera l'équité dans la détermination de ce que le mari aura à restituer, *quidquid æquius melius est : « Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam majori annis viginti quinque succurrendum est, quia bono et æquo non conveniat; aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum* (1). »

Il semblerait tout d'abord que l'action *rei uxoriæ* n'ait pour résultat qu'une simple réparation pécuniaire, puisqu'il ne s'agit que de la restitution de la dot ; mais ce n'est pas là le seul but de cette action ; la femme reprend sa dot non seulement pour subvenir à ses besoins, mais encore pour arriver à une seconde union : « *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint.* » C'est donc dans un droit exclusivement personnel et qui n'a rien de pécuniaire que la femme puise l'intérêt de son action.

L'action *rei uxoriæ* est donc une action de bonne foi, puisqu'on lui applique toutes les règles relatives à cette catégorie d'actions, plus une grande liberté d'appréciation de la part du juge. On lui a néanmoins contesté ce caractère, ainsi qu'aux autres actions *in bonum et æquum conceptæ*, et on invoque en faveur de cette opinion deux passages, l'un de Cicéron (*De officiis*, III, 17), l'autre de Gaïus (*Inst.*, IV), qui, dans une énu-

(1) Pomponius. L. 6. § 2, Dig., *De jure dot.*, XXIII-3.

mération des actions de bonne foi, ne mentionnent pas l'action *rei uxoriæ*. Le silence de Gaïus n'est point une preuve, d'autant plus que le passage qu'on invoque est effacé en partie ; et Cicéron, qui a dit lui-même que l'action *rei uxoriæ* était un *arbitrium in quo additur ex fide bona*, ne paraît pas avoir voulu faire une énumération complète des actions *bonæ fidei*.

Nous avons à nous demander maintenant si l'action *rei uxoriæ* est une action arbitraire, ou, plus généralement, si une action de bonne foi peut être arbitraire.

La formule de l'action arbitraire conférait au juge le pouvoir d'ordonner la remise au demandeur de l'objet litigieux. Elle était indispensable sous le système formulaire, pour éviter les inconvénients du principe que toute condamnation était pécuniaire. Elle n'existait pas dans le système des actions de la loi et n'existait plus sous Justinien : « *Curare autem debet judex ut omni modo, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate apud eum actum est* (1). »

Le caractère de cette formule qui forme un genre à part, spécialement propre aux actions *in rem*, n'est nullement incompatible avec celui de l'action de bonne foi, bien qu'on ait soutenu la négative en prétendant que, dans les actions de bonne foi, le juge ayant des pouvoirs très étendus, il était complètement inutile de mettre dans la formule le complément qui figure dans les actions arbitraires. Mais cette opinion est en opposition avec le texte de Gaïus qui nous a conservé la formule de l'action de dépôt : « *Numerium Negidium Aulo*

(1) Inst., VI, 6, § 32.

Agerio condemnato, N. R.; » ce qui signifie très probablement *nisi restituat.*

D'autres textes, d'ailleurs, tranchent toute la difficulté : la loi 7 § 1, *De fundo dotali*, qui autorise le juge, après avoir reconnu que la demande est fondée, à ordonner la restitution du droit de servitude avant de prononcer la condamnation : « *Officio de dote judicantis continebitur ut reintegrata servitute jubeat fundum mulieri vel heredi ejus reddi*; » et encore la loi 25 § 1, *Solut. mat.*, Dig.

Lorsque le mari n'aura pas obtempéré au *jussus*, la condamnation sera fixée par la femme elle-même, sous la foi du serment. Mais la femme aura-t-elle, dans ce cas, le droit de contraindre son mari à exécuter *manu militari* le *jussus* du juge ?

La négative a été soutenue. On a dit qu'il y avait incompatibilité entre l'exécution forcée et le *jusjurandum in litem*, l'un ne se concevant précisément que comme moyen de suppléer à l'autre.

Cette opinion ne nous semble pas admissible. Ce n'était pas là le système de la loi romaine, et l'on doit plutôt suivre, dans ce cas, les distinctions applicables en matière de revendication : « *Qui restituere jussus, judici non paret, contendens non posse restituere*, etc. » (L. 68), Dig., *De rei vindicatione*).

ACTION *ex stipulatu.*

Cette action tire son origine des *cautiones rei uxoriæ*, stipulations de restitutions qui intervenaient au moment du mariage. Cette action, *strictijuris* par excel-

lence, liait d'une façon plus étroite le mari vis-à-vis de sa femme, et les obligations qu'il contractait se trouvaient ainsi déterminées d'avance. Après l'introduction de l'action *rei uxoriæ*, l'action *ex stipulatu*, loin de tomber en désuétude, subsista sans doute à cause de ses avantages, jusqu'à Justinien qui fondit l'une dans l'autre ces deux actions. C'est là un des traits caractéristiques de la législation romaine, que les principes anciens soient respectés par les institutions nouvelles.

D'ailleurs, il y avait entre ces deux actions de nombreuses différences. Ainsi l'action *rei uxoriæ* ne passe pas aux héritiers de la femme si celle-ci meurt même après la dissolution du mariage, sans avoir mis le mari ou ses héritiers en demeure de restituer. Au contraire, l'action *ex stipulatu* passe aux héritiers de la femme, encore que celle-ci soit morte sans avoir mis en demeure le mari ou les héritiers du mari.

Le mari poursuivi par l'action *rei uxoriæ* jouit de certains délais qu'il n'a pas lorsqu'il est poursuivi par l'action *ex stipulatu*. Cette dernière action, dérivant en effet d'un contrat de droit strict, n'a pas d'autre loi que la convention remplacée dans l'action *rei uxoriæ* par la bonne foi et l'équité.

Ce mari ne peut pas, comme défendeur à l'action *ex stipulatu*, invoquer le bénéfice de compétence qu'il peut opposer à l'action *rei uxoriæ*.

Poursuivi par l'action *ex stipulatu*, le mari doit rendre ce qui a été stipulé ; il ne peut donc plus être question de *retentiones* comme dans le cas de l'action *rei uxoriæ:* « *Taceat in ea retentionum verbositas* (1). »

(1) L. un. § 5, Cod., v, 13.

Enfin, lorsqu'il s'agit de l'action *rei uxoriæ*, la femme doit, aux termes de l'édit *alterutro*, opter entre sa dot et la libéralité testamentaire dont son conjoint prédécédé l'a gratifiée, tandis qu'avec l'action *ex stipulatu*, elle peut cumuler la libéralité avec la dot, à moins que ce cumul ne soit contraire à l'intention du testateur.

Cette action peut exister non seulement au profit de la femme, mais encore au profit de toute autre personne stipulant le droit de retour et exerçant l'action *ex stipulatu* dans son intérêt personnel. La dot ainsi constituée prend alors le nom de *dos receptitia*.

ACTION *ex testamento*.

Nous avons dit, plus haut, que l'usage imposait au mari l'obligation de laisser à sa veuve ou sa dot *prælegatum dotis*, ou du moins un legs qui la mît à l'abri du besoin.

Lorsque le mari léguait la dot, la femme, grâce à l'action *ex testamento*, pouvait agir immédiatement en restitution, sans avoir à subir les délais qui sont accordés à l'héritier poursuivi par l'action *rei uxoriæ*. C'était un avantage auquel, sans doute, l'action qui nous occupe doit d'avoir subsisté après l'introduction de l'action *rei uxoriæ*. De plus, le droit au legs est transmissible, tandis que l'action *rei uxoriæ* ne l'est pas.

Le legs ainsi fait à la femme ne lui attribuait que ce qu'elle aurait pu obtenir par l'action *uxoriæ* : « *Cum dos relegatur, verum est, id dotis legato inesse quod*

actione de dote inerat (1). » Et il aurait été caduc si la femme n'avait pas été dotée, ou si la dot avait été restituée pendant le mariage, au cas où cette restitution était autorisée.

Lorsque le legs, au lieu d'être la dot, se composait d'un objet ou d'objets déterminés dont la valeur était à peu près la même que celle de la dot, la femme avait, dans ce cas, une option à faire entre sa dot et ce *legatum pro dote*, à moins que la dot, n'eût été remboursée pendant le mariage, et alors le legs, bien que contenant une *falsa demonstratio*, n'en était pas moins valable (2).

ACTION *præscriptis verbis*.

Parfois, au moment de la constitution de dot et en vue de la restitution, les parties remplaçaient la stipulation par un simple pacte. Mais, en droit romain, le pacte proprement dit ne produisait pas d'action. Comment arrivait-on donc à sanctionner la convention intervenue ainsi? Tant que la convention était pure et simple, il y avait un pacte nu ne donnant lieu qu'à une exception, suivant le droit prétorien ; mais il en était autrement lorsque la dot était constituée par *datio*. Le contrat devenait alors parfait par la remise de la chose.

Il y avait là un contrat innommé, *do ut des ;* et l'action produite sera l'action *præscriptis verbis*, ainsi appelée parce qu'en tête de la formule de cette

(1) L. 1 pr., Dig., *De dote prælegata.*
(2) Inst., liv. II, 20, § 15.

action et dans l'exposé des faits, au lieu d'expliquer d'un mot, qui était le nom du contrat, la nature du fait générateur de l'obligation, le préteur était obligé d'employer une périphrase préliminaire, *præscripta verba*, expliquant en détail la nature de l'opération.

Plus tard, une constitution des empereurs Théodose et Valentinien déclara obligatoire le simple pacte de constitution de dot, même fait *ex intervallo*, et fit ainsi tomber la *dictio dotis* en désuétude.

DES EXCEPTIONS.

A côté des actions viennent naturellement se placer les exceptions.

Des moyens de défense devront nécessairement être accordés en réponse aux prétentions, parfois mal fondées ou trop exagérées, du demandeur.

Ainsi, tout d'abord, la femme qui s'autorise de la prétendue insolvabilité de son mari pour réclamer sa dot, devra prouver son dire, et le mari, de son côté, pourra faire admettre que cette insolvabilité n'existe pas et que son conjoint n'a rien à craindre pour sa dot Est-ce là une exception proprement dite? Non; mais c'est un moyen de défense.

Et encore : le mari peut prouver la non-réception de la dot, alors que la femme apporte à l'appui de sa demande une reconnaissance signée de lui. Il a dans ce cas l'exception *dotis cautæ, sed non numeratæ pecuniæ*, qui lui donne l'avantage d'être défendeur à l'action en restitution de dot. Grâce à la facilité avec laquelle on pratiquait l'usure à Rome, il arrivait souvent, en effet,

que l'on promettait une dot sans la payer. Désirant apporter un remède à ce triste état de choses, les jurisconsultes avaient fait admettre que le créancier aurait à prouver la numération des espèces, et on appliqua cette exception au mari dans le cas de restitution de la dot par la mort ou le divorce. Limitée à deux ans à partir de la dissolution du mariage, comme l'action *non numeratæ pecuniæ*, cette exception fut restreinte à un an. Elle pouvait cependant être rendue perpétuelle par une *querela* ou dénonciation adressée à la personne qui avait constitué la dot ou à la femme. Plus tard, le délai fut encore réduit à trois mois pour le cas où le mariage aurait duré plus de deux ans, et supprimé lorsque le mariage se serait prolongé au delà de deux ans.

Lorsque la dot se compose de corps certaines non estimés, le mari est encore libéré par la perte de ces objets lorsqu'il y a eu cas fortuit ou force majeure : « *Interitu rei certæ debitor ejus liberatur.* »

De plus, et bien qu'il y ait condamnation, certaines causes empêchent que le débiteur de la dot soit condamné à une restitution complète. Il lui est, en effet, permis de retenir une portion de la dot, soit pour punir la femme de sa mauvaise conduite, soit pour s'indemniser de certaines dépenses ou du préjudice pécuniaire que peut lui causer la restitution. Nous voulons parler des rétentions.

DES RÉTENTIONS.

Les rétentions sont admises dans cinq cas. Ulpien nous en donne ainsi l'énumération : « *Retentiones ex*

dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas. »

Une rétention a lieu *propter liberos*, nous dit encore Ulpien (1), si le divorce est arrivé par la faute de la femme ou du père sous la puissance duquel elle se trouve ; car alors le mari retient un sixième de la dot pour chaque enfant, sans pouvoir cependant excéder trois sixièmes ; et il ne peut obtenir ces sixièmes que par voie de rétention, et non par voie de demande.

Cette rétention a donc pour objet d'indemniser le mari, sur qui continue de peser une des charges du mariage. Il doit en effet subvenir à l'entretien et à l'éducation de ses enfants, et il est juste qu'il conserve pour cela une partie de la dot destinée à remplir ce but.

On doit voir encore dans cette rétention un moyen de punir la femme à qui la rupture du mariage est imputable ; de là cette conséquence : c'est que, bien que la rétention soit proportionnelle, dans une certaine mesure, au nombre des enfants, dont l'entretien incombe au mari, la rétention n'aura lieu qu'autant qu'il y aura eu faute de la part de la femme. D'un autre côté, s'il n'y a pas d'enfants, la rétention n'aura pas lieu, malgré la faute de la femme. Il faudra donc examiner quel est l'époux par la faute duquel le divorce est arrivé, pour savoir si la rétention *propter liberos* doit exister.

Nous avons dit que cette rétention était d'un sixième par enfant, sans pouvoir dépasser trois sixièmes ou moitié de la dot ; mais les parties peuvent, au moyen d'un pacte, élever cette quantité et même l'étendre à

(1) *Frag.*, tit. VI, § 10.

tous les cas de divorce, quel que soit celui des époux qui y ait donné lieu.

Il y a un autre cas de rétention *propter liberos* à l'occasion de la dot profectice qui fait retour à l'ascendant lorsque la femme vient à mourir. Le mari garde alors autant de cinquièmes qu'il y a d'enfants, et cela *in infinitum*, en sorte que, lorsqu'il y a cinq enfants et plus, il retient toute la dot. Cette rétention aura toujours lieu, qu'il y ait faute ou non de la femme.

La rétention *propter mores* est basée sur l'inconduite de la femme. Elle est d'un sixième si l'atteinte aux mœurs est grave, comme l'adultère : « *Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui* (1). » Toutes les autres fautes qualifiées d'atteintes légères donnent lieu à une rétention d'un huitième seulement.

Les mœurs du mari sont punies comme celles de la femme, mais la peine est alors réglée différemment. S'il s'agit d'une dot qu'il doit rendre par tiers d'année en année, il sera obligé de la restituer sur-le-champ s'il s'est rendu coupable d'adultère ; si la faute est moindre, la restitution devra s'opérer par tiers de six mois en six mois. De plus, si la dot doit être rendue sur-le-champ, le mari aura à restituer, outre les choses dotales, une quantité de fruits correspondant au temps dont la restitution est avancée.

Ces rétentions s'exerçaient par voie d'exception, ou par l'action *de moribus* lorsque la dot avait été rendue sans que le restituant eût songé à en diminuer le montant pour la faute de la femme, ou lorsque la femme

(1) Ulp., *Frag.*, tit. VI, § 12.

avait oublié de se prévaloir des fautes du mari pour obtenir une augmentation. Cette action pénale, présentant une grande analogie avec l'action d'injures, ne se transmet pas au mari ; elle tient à l'ordre public et ne peut être modifiée par la convention des parties.

La rétention *propter impensas* a lieu lorsque le mari a fait des dépenses relativement à la dot : « *Impensarum species sunt tres : ant enim necessariæ dicuntur, aut utiles, aut voluptuosæ* (1). » Il importe de distinguer ces trois espèces de dépenses, car toutes ne donnent pas lieu à une rétention.

Les dépenses nécessaires (2) sont celles dont l'absence eût entraîné la perte ou la détérioration du bien dotal : par exemple la réparation d'une maison qui menace ruine.

Le mari n'étant propriétaire de la dot que sous condition de restitution, il est responsable des fautes commises dans la gestion, et, comme tel, il peut être soumis à des dommages-intérêts : « *Id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, judex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit cas impensas fieri* (3). » Il en résulte qu'il n'y aura impense nécessaire que lorsqu'à raison de dépenses non effectuées, le mari pourrait être atteint d'une condamnation de cette nature. Le mari pourra recouvrer la somme dépensée par voie de rétention, ou, si la dot a été restituée sans déduction, par une *condictio indebiti*. Les corps certains faisant partie de la dot ne cessent pas pour cela

(1) Ulp., *frag.*, tit. VI, § 14.
(2) Ulp., *frag.*, tit. VI, § 15.
(3) L. 4, Dig., *de impensis*.

d'être dotaux jusqu'à concurrence des impenses, mais le montant des dépenses nécessaires doit être retenu par le mari sur la dot prise dans son ensemble : « *Non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio* (1). *Quod diximus ipso jure dotem impensis minui non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum* (2). »

Les dépenses utiles sont celles qui, tout en rendant la dot plus productive, ne peuvent, si elles ont été omises, causer une détérioration quelconque (3).

Le mari, dans ce cas, n'ayant pas d'action, ne pourra que retenir les dépenses utiles, et seulement si elles ont été faites du consentement de la femme. Si la femme n'y a pas consenti, il ne pourra les répéter qu'autant que le remboursement ne sera pas trop onéreux pour elle. On n'admettait pas que le mari, ayant amélioré de son chef le bien dotal, pût contraindre sa femme à vendre ses biens pour lui fournir une indemnité.

Les impenses voluptuaires sont celles qui, ne contribuant en aucune façon à l'amélioration de la dot, n'ont eu pour but que la satisfaction d'un goût personnel. Elles ne donnent lieu ni à une action, ni même à une rétention ; le seul droit dont jouisse le mari dans ce cas, c'est d'enlever les embellissements qu'il a apportés, si c'est possible, sans détériorer l'immeuble ; autrement ils resteront, sans indemnité, acquis au bien dotal.

La rétention *propter res donatas* était une conséquence de la nullité des donations entre époux ; dona-

(1) L. 5 pr. Dig., *De impensis*.
(2) L. 1, § 4, Dig., *De dote prælegata*.
(3) Ulp., *Frag.*, tit. VI, § 16.

tions qui n'étaient interdites qu'autant qu'elles produisaient ces deux effets : appauvrissement de l'époux donateur ; enrichissement de l'époux donataire. Ainsi un époux peut donner à son conjoint un esclave pour l'affranchir. La donation est valable dans ce cas ; car, bien que le donateur s'appauvrisse, le donataire ne s'enrichit pas, puisque l'esclave, en devenant libre, cesse de compter dans sa fortune. Le mari qui, au mépris de la prohibition, avait fait une donation à sa femme, pouvait rentrer en possession de ce dont il s'était dessaisi, au moyen : ou de la revendication, puisque la propriété n'avait pas été transférée au donataire, ou de la *condictio sine causa* ou *ex injusta causa*, ou encore au moyen de la rétention, c'est-à-dire en retenant sur la dot la valeur des choses données.

Le mari peut exercer la rétention *propter res amotas* lorsque la femme, en vue du divorce, a détourné certains objets au préjudice de son conjoint. Dans la cas où le mari aurait restitué la dot sans faire aucune retenue, il aurait encore une action spéciale *rerum amotarum* (1). Par égard pour les relations qui unissent les époux, on n'avait pas voulu que cette soustraction donnât lieu à l'action pénale *furti*.

Parmi ces causes de rétention, il en est deux qui ne peuvent être invoquées lorsque la restitution est faite au cours du mariage. La rétention *propter liberos* ne peut avoir lieu, puisqu'elle suppose le divorce survenu par la fautes de la femme. Quant à la rétention *propter mores*, elle ne s'exerce, en cas d'adultère, qu'après la répudiation de la femme imposée au mari par la loi Julia

(1) Ulp., *Frag.*, tit. VII, § 2.

et lorsqu'il s'agit de *leviores mores*; la rétention, étant une sorte d'indemnité accordée au mari, ne peut être réglée définitivement qu'à la dissolution du mariage.

STIPULATIO TRIBUNITIA.

Dans le cas où le mari, s'étant obligé pour la femme au cours du mariage et cédant au pressant besoin de celle-ci, lui restituait la dot tout entière, il avait soin de s'assurer par une stipulation le remboursement de ses dépenses, car on admettait difficilement qu'il eût, après restitution, une action contre sa femme. Cette stipulation appelée tribunitienne, sans doute parce qu'elle emanait de la juridiction des tribuns, nous est ainsi présentée par Ulpien : « *Si maritus pro muliere se obligaverit, vel in rem ejus impenderit divortio facto eo nomine cavere sibi solet stipulatione tribunitia.* »

BÉNÉFICE DE COMPÉTENCE.

Le mari poursuivi par l'action *rei uxoriæ* jouit encore du bénéfice de compétence non seulement à l'encontre de sa femme, mais aussi vis-à-vis des successeurs universels ou à titre universel de celle-ci.

Le bénéfice de compétence était à Rome un privilège auquel certains débiteurs devaient de n'être condamné envers leurs créanciers que jusqu'à concurrence de ce qu'ils pouvaient payer, *in id quod facere possunt.* Ils échappaient ainsi aux rigueurs qu'entraînait la con-

damnation non exécutée, c'est-à-dire la contrainte par corps. On accordait ce bénéfice au mari débiteur de la dot, en raison des rapports d'affection qui étaient présumés exister encore entre les deux époux. De plus, comme cet avantage était d'ordre public, il était interdit au mari d'y renoncer d'avance. Ce bénéfice pouvait être invoqué ou par le mari ou par son père de famille (1); mais il n'était pas accordé aux héritiers, à l'exception des enfants nés du mariage (2).

Nous venons de dire que le bénéfice de compétence pouvait être opposé aussi bien à la femme qu'à ses successeurs universels ou à titre universel. On pouvait encore l'opposer au fisc (3).

Bien que le bénéfice de compétence soit pour le mari un moyen de n'être condamné que dans la mesure de ses facultés, il ne s'ensuit pas qu'il soit, par cela même, libéré du surplus de son obligation; il peut en effet revenir à meilleure fortune et être poursuivi de nouveau. Dans le cas où le mari aurait présenté un ami ou une personne, quelconque destinée à être condamnée à sa place, cette personne, qui devra tout d'abord donner la caution *judicatum solvi*, ne pourra être condamnée que dans la mesure des facultés du mari ou en vertu de ce principe que le *procurator* doit être traité comme le plaideur dont il prend la place (4).

L'exception qui nous occupe doit figurer dans la *condemnatio* de la formule, et non dans l'*intentio*. Si, par erreur, le juge avait omis de l'accorder au mari, celui-ci

(1) L. 15, § 2 et L. 16, *Solut. mat.*, Dig.
(2) L. 18 pr., *Solut. mat.*, Dig.
(3) L. 36, *Solut. mat.*, Dig.
(4) L. 23, Dig., *de re judicata*.

pourrait opposer l'exception de dol à l'action *judicati* (1). A propos de dol, remarquons que le mari peut être privé du bénéfice de compétence lorsqu'il s'est rendu sciemment insolvable dans le but de se soustraire à la restitution intégrale de la dot.

(1) L. 17, § 2, Dig., *Solut. mat.*

CHAPITRE III

De l'objet de la restitution

La dot consistant en choses qui se déterminent par le poids, le nombre ou la mesure, est restituée en trois termes d'un an, deux ans, trois ans, à moins qu'il n'ait été convenu qu'elle serait rendue aussitôt après la dissolution du mariage. Les autres dots sont rendues sur-le-champ : « *Dos si pondere, numero, mensura contineatur, annua, bima, tria die redditur; nisi ut præsens reddatur convenerit. Reliquæ dotes statim redduntur* (1). »

Ne pouvant être, en effet, tenu de conserver pendant le mariage les choses qui se consomment *primo usu*, comme le vin, le blé, l'argent, le mari est simplement obligé de restituer des choses semblables en même qualité et quantité, et il est juste, dans ce cas, de lui accorder des délais pour l'accomplissement de cette obligation. Il restituera donc dans un délai de trois ans, un tiers chaque année, à moins que son insolvabilité et le péril couru par la dot n'en justifie l'exigibilité ; la restitution, dans ce cas, devra être complète et immédiate. Quant aux corps certains, il est tenu de les restituer

(1) Ulp., *Reg.*, tit. VI, § 8.

en nature ; aucun délai ne lui est accordé à partir de la dissolution du mariage, et il se trouve complètement libéré s'ils périssent sans sa faute.

Mais si la dot est composée de corps certains qui ont été estimés par les parties dans le contrat de mariage, le mari est alors censé, par suite de cette estimation, avoir acheté les objets dotaux : *æstimatio venditionem facit*. C'était là un principe certain à Rome, liant ainsi le constituant et le mari par les rapports de vendeur à acheteur. C'est donc dans la somme d'argent, montant de l'estimation, que consiste la dot, et non dans les choses estimées. Peu importe, dès lors, la perte ou la détérioration de la chose due le mari ne pourra se libérer du prix d'estimation.

La vente dont nous parlons est évidemment une vente conditionnelle qui ne sera parfaite qu'à l'accomplissement de la condition, c'est-à-dire au moment du mariage. A partir de ce moment seulement, la chose livrée ainsi au mari pourra être usucapée *pro emptore* : « *Si sub conditione emptio facta sit, pendente conditione emptor usu non capit.* » Il s'ensuit que la perte totale de la chose survenue avant l'accomplissement de la condition sera pour la femme.

Nous avons dit qu'en cas d'estimation on ne pouvait réclamer au mari considéré comme acheteur qu'une somme d'argent égale à la valeur des biens dotaux au moment du mariage, les chances de gains et de pertes demeurant aux risques du mari. Il est un cas cependant où le mari devra rendre plus que l'estimation : c'est celui où, à la suite de l'éviction de l'objet donné en dot, il a agi contre sa femme et obtenu contre elle une condamnation au double. Il devra, dans ce cas, non plus le

montant de l'estimation, mais tout ce qu'il aura obtenu par l'action en garantie (1). On s'écarte, à ce point de vue, des principes de la vente pour revenir à l'idée de dot, afin que le mari ne s'enrichisse pas aux dépens de la femme, *ne debeat maritus lucrari ex damno mulieris.* Dans certains cas, si le mari n'a pas agi en garantie pendant le mariage, il pourra encore, à la dissolution, opposer à l'action de sa femme l'exception *doli mali.* On ne saurait lui faire un reproche de n'avoir point actionné un proche de la femme, par exemple son père.

Il peut se faire qu'il y ait, dans l'estimation, des inexactitudes involontaires ou destinées à dissimuler une donation. Dans le premier cas, le juge, en vertu des pouvoirs que lui confère la formule de l'action *rei uxoriæ*, se déterminera d'après la valeur réelle et condamnera le mari à payer plus que le prix indiqué par l'estimation, s'il est trop faible, et moins s'il est trop élevé (1). Dans le second cas, la vente sera nulle, en vertu de la prohibition des donations entre époux ; « *Si res æstimata post contractum matrimonium donationis causa adprobetur, nulla est æstimatio* (2). » L'erreur peut encore porter non plus sur le montant de l'estimation, mais sur le fait même d'avoir estimé la chose. La femme aura alors le droit de se faire restituer la chose elle-même et le mari ne pourra pas lui en offrir le juste prix.

On peut convenir que, malgré l'estimation qui aura été faite, le mari rendra en nature les objets estimés, s'ils existent encore, et dans l'état où ils se trouvent à la dis-

(1) L. 6, § 2, *De jure dot.*, Dig.
(2) L. 12 pr., *De jure dot.*, Dig.

solution du mariage. C'est là ce que les commentateurs ont appelé une estimation *taxationis causa*. La restitution aura lieu, du reste, au choix de la femme ou au choix du mari, suivant que l'on aura ajouté cette mention dans le contrat. Si l'on n'a rien mis relativement au choix, cet avantage appartenant au débiteur, ce sera le mari qui choisira (1), à moins cependant que les choses dues n'existent plus, et le mari sera alors absolument tenu d'en payer le prix.

En dehors de ces divers cas d'application de la règle *æstimatio venditio est*, le mari devait restituer la chose même qu'il avait reçue ; et si, par exemple, des servitudes réelles existant sur le fonds dotal s'étaient éteintes par le non-usage, le mari devrait rendre le fonds libre.

Qu'arrivera-t-il maintenant si, pendant le mariage, un immeuble a été acquis avec les deniers dotaux? car, d'après un texte de Modestin, *constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit.* Il faut, pour que cet échange ait lieu, une convention spéciale, *quia et permutatio dotium conventione fieri potest.* Toutes les fois donc que l'acquisition aura eu lieu avec le consentement de la femme, l'immeuble sera dotal (2).

Mais s'il s'agit de choses achetées avec l'argent dotal, sans le consentement de la femme, elles ne deviennent pas dotales. Le mari, désormais propriétaire du bien acquis ainsi, sera toujours débiteur de la dot ; du moins c'est ce qu'énonce la loi 12, C., *De jure dot.* : « *Expecunia dotali fundus a marito tuo comparatus, non tibi quæritur.... et dotis tantum actio competit.* »

(1) L. 10, § 6, *De jure dot.*, Dig.
(2) L. 25 et 26, Dig., *De jure dot.*

A ce texte on oppose un fragment de Gaïus qui forme la loi 54, Dig., *De jure dotium* : « *Res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales esse videntur.* » De nombreuses controverses se sont élevées sur l'interprétation de ce texte, et on a essayé de le concilier avec le passage cité plus haut. Sans pouvoir nous former une opinion en face des nombreux systèmes émis à propos de ce fragment de Gaïus, nous croyons cependant que la loi 54 est incomplète, qu'elle devait s'appliquer à des cas particuliers, ou qu'elle n'était relative qu'à l'emploi fait avec le consentement de la femme.

Avec les biens dotaux, le mari doit restituer tous leurs accessoires, ce qui comprend les alluvions et atterrissements qui sont venus s'adjoindre au fonds, l'île qui s'est formée dans le fleuve qui le limite et la portion du trésor attribué au propriétaire *jure soli*. En effet, le mari ne doit retirer de la dot aucun profit au préjudice de la femme.

Peut-on appliquer ce principe aux libéralités faites pendant le mariage par un tiers à l'esclave dotal, et devra-t-on dire que le mari aura à les restituer ? Là encore des textes contradictoires se trouvent en présence. La loi 45, au Digeste, *De adq. vel omitt. hered.*, et la loi 47, Dig., *De jure dotium*. D'après la première, la restitution des libéralités doit avoir lieu : « *Actione de dote eam hereditatem mulier recuperabit.* » Mais la seconde, admettant que le mari doit restituer les legs faits à l'esclave avant le mariage, semble par cela même ne pas comprendre dans la restitution le legs fait pendant le mariage. Enfin la loi 31, *Solut mat.*, Dig., nous apprend que le mari doit restituer les legs faits à l'esclave après le divorce : d'où l'on doit naturellement con-

clure à la non-restitution des libéralités faites avant.

Nous pensons que le mari devra restituer, à moins de prouver, de la part du disposant, l'intention de le gratifier personnellement.

En principe, le mari a droit aux fruits de la dot pendant toute la durée du mariage : « *Dotis fructum ad maritum pertinere debere æquitas suggerit : quum enim ipse onera matrimonii subeat, æquum est eum etiam fructus percipere* (1). » C'est donc grâce à un motif d'équité que l'on accorde au mari le droit aux fruits de la dot ; mais il devra naturellement rendre les fruits antérieurs et les fruits postérieurs au mariage, sauf convention contraire entre les futurs époux (2). Il y a là une donation qui, ayant lieu avant le mariage, n'est point interdite.

Le mari n'a, bien entendu, aucun compte à rendre au sujet des fruits perçus pendant le mariage ; il peut même économiser ce qui dépasse les besoins du ménage et se former ainsi un capital qui lui appartiendra définitivement. Mais, avant tout, il est obligé de faire vivre sa femme et, quelle que soit l'insuffisance de la dot, de lui fournir toutes les ressources dont il peut disposer.

Il y a maintenant lieu de se demander comment, en cas de dissolution du mariage, se répartiront les fruits de la dernière année. Le droit romain avait adopté dans cette matière un principe spécial : on assimilait les fruits naturels à des fruits civils s'acquérant jour par jour, et on attribuait par conséquent au mari, dans les fruits de la dernière année, une part proportionnelle à

(1) L. 7 pr., Dig., *De jure dot.*
(2) L. 7, § 7, Dig., *De jure dot.*

la durée du mariage pendant cette année. On devra donc tout d'abord, pour arriver à ce résultat, fixer le point du départ de la dernière année du mariage. Le jurisconsulte Ulpien nous apprend qu'on ne doit s'attacher ni au jour du mariage, ni même au jour où la dot a été constituée, mais qu'il faut prendre le moment où le fonds est devenu dotal : « *Sed quo primum dotale prædium constitutum est, id est, tradita possessione* (1). » Mais si cependant la dot avait été livrée au mari avant la célébration du mariage, il faudrait prendre comme point de départ le jour de la célébration : « *Nam si ante nuptia traditus sit* (*fundus*), *et fructus inde percepti, hi restituendi sunt quandoque divortio facto, quasi dotis facti* (2). »

On devra donc considérer comme fruits de la dernière année tous ceux qui auront été recueillis à partir de la date fixée comme point de départ, et c'est sur ces fruits destinés à supporter les charges de la dernière année que devra se faire le calcul. Ainsi supposons un fonds livré en dot au mari le 1er mai ; la récolte a eu lieu le 1er août, puis le mariage se dissout le 1er novembre : on devra attribuer au mari la moitié de la récolte, il devra restituer l'autre moitié.

Le mari aura cette part proportionnelle, quelque distantes que soient du reste les perceptions. Ainsi des coupes de bois taillis se font de cinq ans en cinq ans ; le mariage a eu lieu immédiatement après une coupe et s'est dissous quatre ans après : le mari qui n'a fait aucune coupe pendant le mariage aura droit aux quatre cinquièmes

(1) L. 5, Dig., *Solut. mat.*
(2) L. 6, Dig., *Solut. mat.*

d'une coupe ; il a dû, en effet, légitimement compter sur ces fruits pour supporter les charges du mariage (1).

Nous nous trouvons maintemant en présence d'un texte fort embarrassant : c'est la loi 7 § 1, Dig., *Solut. mat.* Voici l'espèce dont s'occupe Ulpien rapportant l'opinion de Papinien : Un mari reçoit une vigne en dot le 1er octobre. Il fait les vendanges, et loue la vigne le 1er novembre. Le mariage se dissout le 31 janvier. D'après Papinien, on devra alors ajouter aux fruits de la vendange le quart du prix du loyer et prendre le tiers du tout pour l'atribuer au mari. Sans reproduire les nombreux systèmes auxquels a donné naissance ce malheureux texte, nous nous bornons à admettre avec certains auteurs que la loi 7 contient une erreur arithmétique et que la solution de Papinien demeure, par conséquent, une difficulté insoluble. D'après les principes énoncés plus haut, la façon la plus équitable de répartir ces fruits serait d'accorder au mari un douzième de la vendange et trois mois de loyer.

Quand il s'agit d'objets estimés ou de choses fongibles, le mari, supportant les risques, fait siens les fruits de ces objets et les intérêts perçus et pendant le mariage et même après la dissolution, à moins que le mari n'ait été mis en demeure de restituer la dot, et même, dans ce cas, il ne devra que l'intérêt légal.

Dans la loi 7, Dig., *Solut. mat.*, Ulpien nous parle encore du trésor trouvé par le mari dans le fonds dotal et nous apprend qu'une moitié du trésor reste définitivement acquise au mari comme inventeur. Quant à l'autre moitié, devra-t-on l'attribuer au mari ou à la

(1) L. 7, § 7, Dig., *Solut. mat.*

femme? D'après Ulpien, le trésor trouvé par le mari dans le fonds dotal dont il est propriétaire lui appartient en totalité ; mais, le trésor n'étant pas un fruit, le mari devra rendre, en même temps que le fonds dotal, la partie à laquelle il n'a pas droit comme inventeur, en vertu du principe que les choses acquises par le mari à l'occasion d'une chose dotale et qui n'en sont pas des fruits, deviennent elles-mêmes dotales.

Dans le § 13 de la même loi, il est question de blocs de marbre retirés de la carrière, mais non enlevés, *cæsum neque exportatum*. Sont-ils au mari, et devra-t-on lui rembourser les dépenses faites pour ouvrir la carrière? Cette question se trouve dans un texte de Javolénus qui nous donne la réponse de Labéon en même temps que la sienne (1). Tout d'abord ces auteurs sont d'accord : les blocs appartiennent au mari, et non point à la femme, c'est-à-dire que le mari n'est pas tenu de les restituer.

Mais, sur le second point, Javolénus se sépare de Labéon. Au dire de ce jurisconsulte, le mari, dans aucun cas, ne pourrait réclamer à la femme une indemnité pour les frais qui lui ont été occasionnés par l'ouverture de la carrière. Javolénus repousse cette proposition comme trop absolue, en montrant que les motifs donnés par Labéon ne sont pas toujours applicables. Labéon prétendait qu'il n'y avait pas là une dépense nécessaire. Cela est vrai, mais il y a dépense utile et le mari peut s'en faire tenir compte. Labéon ajoutait encore, pour refuser au mari toute espèce de recours, que le mari, en ouvrant sa carrière, avait dégradé le fonds ; qu'ainsi il

(1) L. 18, Dig., *De fundo dotali.*

n'y avait pas là une dépense utile. Mais il est évident qu'en ceci Labéon allait beaucoup trop loin ; s'il se peut que le mari ait détruit une exploitation agricole, pour ouvrir une carrière qui se trouve déjà épuisée quand arrive le divorce, il se peut aussi qu'au lieu d'un terrain stérile qu'il avait reçu en dot, il restitue une carrière dont les produits seront encore pendant de longues années une source de richesses pour la femme.

Il faut, bien entendu, que ces blocs de marbre soient considérés comme des fruits ; autrement le prix deviendrait dotal en remplacement de la chose et devrait être restitué par l'action *rei uxoriæ* (1). Quand sont-ils regardés comme fruits ? C'est ce qu'Ulpien nous apprend dans la loi 7 § 13, Dig., *Solut. mat.* : « *Quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur : quales sunt in Gallia, sunt et in Asia.* »

La constitution de dot peut porter aussi sur un usufruit. A ce propos, Ulpien se demande si, lorsqu'un usufruit a été constitué en dot, le mari doit rendre les fruits ? « *Si ususfructus in dotem datus sit, videamus, utrum fructus reddendi sunt, necne* (2) ? » En effet, lorsque le mari a reçu un immeuble en dot il garde les fruits et restitue le fonds ; mais, l'usufruit consistant justement dans la perception des fruits, il semblerait que le mari, dans ce cas, dût restituer les fruits avec le fonds, en se bornant à garder, si c'était possible, les fruits des fruits. Mais Ulpien, pour répondre, emprunte l'opinion de Celse qui nous dit qu'il faut examiner l'intention des parties et qu'à moins que le contraire n'apparaisse dans

(1) L. 32, Dig., *De jure dot.*
(2) L. 7, § 2, Dig., *De jure dot.*

l'idée des contractants ou dans les termes employés au contrat, la dot doit comprendre le droit même d'usufruit, et non les fruits qui sont perçus.

Nous avons à étudier maintenant diverses hypothèses se présentant en cas d'usufruit.

Tout d'abord, supposons que le mari ait reçu en dot l'usufruit qu'avait la femme d'un bien dont il avait déjà lui-même la nue propriété. La confusion qui se produit alors rend le mari plein propriétaire, et dès lors il ne court pas le risque de perdre l'usufruit par non-usage ; car, si l'usufruit échappe à la femme, ce n'est pas pour passer sur la tête du mari comme droit d'usufruit, c'est pour se réunir aux autres éléments du droit de propriété qui appartient au mari. Si le mariage prend fin par la mort de la femme, le mari profite comme propriétaire, de ce que le droit de l'usufruitier s'est éteint par la mort, et il gagne la dot. Il aurait eu en effet le même droit s'il n'eût pas épousé l'usufruitière.

Mais si le mariage vient à se dissoudre par le divorce ou bien par la mort du mari, ce dernier ou ses héritiers ne pourront restituer l'usufruit, puisqu'il aura été éteint par confusion, et alors on aura recours à une cession juridique pour constituer à la femme un nouvel usufruit (1).

Dans le cas où le père usufruitier aurait constitué ce droit en dot au gendre nu propriétaire et où la fille serait morte dans le mariage, le père aura de son chef la répétition de l'usufruit, qui lui sera rendu, comme tout à l'heure, au moyen de l'*in jure cessio* (2).

(1) L. 78 pr., Dig., *De jure dot.*
(2) L. 78, § 1, Dig., *De jure dot.*

Le § 2 de la loi 78, *De jure dotium*, nous fournit une autre hypothèse. La femme se constitue en dot l'usufruit d'un fonds dont elle est propriétaire. Le mari, dans ce cas, a un droit bien distinct de celui dont nous avons parlé plus haut. Il est seulement usufruitier et peut perdre son usufruit par le non-usage. Supposons, en effet, qu'il laisse éteindre ce droit : la femme n'aura plus rien à lui réclamer, elle aura recouvré l'usufruit qu'elle s'était constitué en dot, et elle ne peut demander à son conjoint raison d'une négligence à laquelle elle doit la restitution anticipée de la dot. Mais si la femme a aliéné la propriété, l'acquéreur de la nue propriété aura ainsi seul profité de cette perte, et la femme restera encore dotée parce qu'elle aura encore l'action dotale contre son mari qui, pouvant user de l'usufruit, l'a perdu par non-usage ; elle pourra donc demander qu'on lui donne une indemnité représentant le bénéfice qu'elle eût pu retirer en cédant son droit à l'acquéreur le jour du divorce.

Si, maintenant, le mari plus diligent a conservé l'usufruit ainsi constitué jusqu'à dissolution du mariage, il pourra jouir de son usufruit si la femme a prédécédé et il conservera ce droit jusqu'à son propre décès. Ce n'est pas en effet la femme qui est usufruitière, c'est le mari, et la dot reste au mari quand la femme meurt dans le mariage. Mais si le mariage a été dissous par le divorce, le mari devra restituer l'usufruit, et alors comment s'opérera cette restitution?

Il faudra alors distinguer si la femme a conservé la nue propriété ou si elle l'a aliénée.

Si elle est restée propriétaire, elle pourra, poursuivant son conjoint par l'action *rei uxoriæ*, exiger que

l'usufruit lui soit cédé *in jure* par le mari, et vienne ainsi se réunir à son immeuble.

Si elle n'est plus propriétaire, elle peut cependant exiger encore, par la même action, que le mari, au moyen de l'*in jure cessio*, transmette l'usufruit à l'acquéreur de la nue propriété ou à elle-même car certains jurisconsultes, entre autres Pomponius, prétendent que l'usufruit ne peut être cédé qu'au maître de la propriété, et que s'il est cédé à un étranger, c'est-à-dire à quelqu'un qui n'a pas la propriété, rien ne passe à celui-ci, l'usufruit faisant retour au propriétaire. Pour remédier à cet inconvénient, ils avaient donc décidé que le mari louerait ou vendrait à la femme cet usufruit pour un vil prix, *nummo uno*, en sorte que le droit lui-même resterait au mari et que la faculté de percevoir les fruits appartiendrait à la femme (1).

Quant à l'intérêt que la femme peut avoir à demander cette cession, il se présente sous plusieurs formes Tout d'abord il se peut qu'ayant vendu le fonds sans déduire l'usufruit appartenant au mari, elle ait ainsi touché le prix de cet usufruit et soit tenue envers l'acheteur, par l'action *ex empto*, à lui procurer cet usufruit ; elle est donc intéressée, dans ce cas, à en obtenir du mari la cession.

L'acquéreur a pu encore s'engager à lui payer l'usufruit dès qu'elle pourrait le lui faire avoir.

Ou bien, sans convention antérieure, elle espère lui vendre cet usufruit.

Et enfin elle peut avoir en vue de rendre service à l'acquéreur en lui donnant cet usufruit, plutôt que de

(1) L. 66, Dig., *De jure dot.*

laisser entre les mains d'un ennemi un droit qu'elle lui a transféré : « *quam relinquere apud inimicum jus ad se translatum* (1). »

Quand l'acquéreur est le mari lui-même, la question se résout par une distinction. Si le prix représente la valeur de la pleine propriété, il est clair que la femme n'a plus rien à réclamer à son conjoint au moment du divorce : « *Intelligi mulierem dotem manente matrimonio recepisse* (2). » Mais si la vente n'a porté que sur la nue propriété, la femme a droit à la valeur de l'usufruit ; mais il ne faudrait pas pour cela que le mari fût mort avant la *litis contestatio* : les héritiers seraient, dans ce cas, à l'abri de toute réclamation, car l'usufruit, étant éteint par la mort du titulaire, se joint à la nue propriété, quel que soit du reste le propriétaire.

Nous avons vu tout à l'heure comment le mari usufruitier d'un fonds vendu par la femme pouvant lui restituer ce droit d'usufruit. On a recours au même expédient lorsque la femme, usufruitière d'un fonds qui appartient à un autre qu'au mari, se constitue cet usufruit en dot. Elle le lui vend ou le lui loue pour un prix insignifiant, *uno nummo*, ou bien encore lui en garantit la jouissance par une caution. A la dissolution du mariage, le mari, poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, devra lui faire la restitution de cet usufruit.

Enfin, lorsque l'usufruit d'un fonds dont la femme n'avait pas la propriété, nous dit Sempronius, est donné au mari à titre de dot par le propriétaire, le mari, toujours par le même moyen, lorsque le divorce aura

(1) L. 78, § 2, Dig., *De jure dot.*
(2) L. 78, § 3, Dig., *De jure dot.*

dissous le mariage, au lieu de faire à la femme la *cessio in jure* de son droit d'usufruit, vendra ou louera l'exercice de son droit à la femme, ou lui donnera caution de la laisser jouir du droit, elle et ses héritiers, ou bien encore le cédera au nu propriétaire, qui, prendra, dans ce cas, l'engagement formel de donner à la femme une indemnité en rapport avec la valeur de l'usufruit.

Il peut se faire qu'une servitude réelle existe au profit du fonds dotal sur un fonds du mari. Lors de la célébration du mariage, ces deux fonds passant entre les mains d'un même propriétaire, la servitude disparaîtra, puisqu'on ne peut pas asservir son propre fonds. Mais, à la dissolution du mariage, comme la servitude a cessé d'exister et que le mari ne doit pas s'enrichir aux dépens de sa femme, il sera obligé de créer une servitude semblable, à moins qu'il n'ait aliéné son immeuble sans réserver la servitude au profit du fonds dotal ; dans ce cas, la femme aura droit à une indemnité calculée sur le préjudice que peut lui causer l'extinction de la servitude (1).

Le fait contraire peut également se présenter ; l'immeuble dotal sera grevé d'une servitude au profit d'un immeuble appartenant au mari.

Il y aura alors simplement lieu de réserver la servitude en restituant le fonds.

On appliquerait encore les mêmes règles dans le cas où la dot apportée par la femme serait une simple servitude. Le mari, à la dissolution du mariage, restituerait la servitude, et, s'il ne pouvait le faire, il indemniserait la femme du préjudice causé.

(1) L. 7, Dig., *De fundo dotali.*

Si la femme, possédant un fonds commun avec un autre propriétaire, se constitue en dot sa part indivise et que le propriétaire intente l'action *communi dividundo*, qu'arrivera-t-il ? Le partage ainsi provoqué contre le mari est une aliénation nécessaire et il peut y procéder sans le consentement de la femme, ce qu'il ne pourrait pas faire en provoquant lui-même le partage : « *Mariti qui fundum communem cum alio in dotem inœstimatum acceperunt, ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari* (1). »

Si le tiers copropriétaire acquiert alors l'immeuble, le prix payé au mari tiendra lieu de dot et constituera le montant de la restitution.

Si le fonds est adjugé à un étranger, la portion du prix de vente qui reviendra au mari remplacera encore la dot et sera restituée à la femme.

Enfin, si l'adjudication a eu lieu au profit du mari, la portion acquise ainsi ne sera pas dotale ; mais comme la restitution doit comprendre non seulement les choses dotales, mais encore tout ce qui est parvenu au mari à l'occasion de ces choses, sauf les fruits, le mari devra restituer à la femme, avec la partie constituée en dot, la part acquise par lui et regardée comme un accessoire de la première, à la charge pour la femme de lui rembourser la somme qu'il a été condamné à payer au copropriétaire (2).

La restitution des créances constituées en dot s'opère par le remboursement de la somme que le mari aura

(1) L. 2, *De fundo dotali*, Cod.
(2) L. 78, § 4, Dig., *De jure dotium*.

touchée pendant le mariage. Dans le cas où le débiteur deviendrait insolvable, il faudrait distinguer si cette insolvabilité s'est produite sans que le mari puisse être accusé de négligence, ou s'il est en faute de n'avoir pas agi à temps. Si, par suite de sa négligence à poursuivre les débiteurs, le mari n'a rien touché, il devra néanmoins payer, à la dissolution du mariage, le montant des créances. Si, au contraire, malgré les soins qu'il a apportés à recouvrer la dot, il n'a pu se faire payer, il ne devra alors rien restituer et sera tenu seulement de céder à sa femme les actions dont il était investi. Il se peut cependant que le débiteur soit un proche de la femme ou une personne qui n'ait agi que dans un but de libéralité. On ne saurait, dans ce cas, faire un reproche au mari de ne l'avoir pas poursuivi et on n'exigera pas de lui la restitution de la dot. Ajoutons que le mari sera toujours responsable s'il a pris, de quelque façon que ce soit, les risques à sa charge.

Supposons maintenant que la femme ait délégué son débiteur au mari à titre de dot et que le débiteur devienne insolvable. Quel sera celui des conjoints qui supportera cette insolvabilité ? Là vient se placer une controverse. Les uns pensent que, la délégation étant, à moins de convention, aux risques du délégataire, on devra faire supporter l'insolvabilité au mari. Ce système s'appuie sur la loi 6, Dig., *De pact. dot.*, qui permet au mari délégataire de se décharger des risques par une convention. On doit en conclure qu'il les supporte ordinairement. En adoptant ce système, il faudrait admettre deux exceptions : les lois 56 *pr.* et 41 § 3, Dig., *De jure dotium*. D'après la loi 56, le mari ne serait point tenu de l'action dotale s'il s'agit d'un objet déterminé,

de l'esclave Stichus, par exemple, qui viendrait à mourir. D'après le § 3 de la loi 41, le mari n'aurait rien à restituer dans le cas où un débiteur de la femme, ayant promis la dot sous condition, viendrait à être insolvable avant que le mari ait pu agir ; car le mari n'est point censé avoir pris à son compte cette créance dans un temps où il ne pouvait l'exiger.

Nous pensons que l'on ne doit pas considérer le mari comme un délégataire ordinaire et que la loi 56 doit être admise à son égard comme une règle générale, la loi 6 ne visant qu'un cas spécial.

Il est possible que la femme ait ordonné à son mari de faire acceptilation au débiteur. Dans cette hypothèse, il faut distinguer si l'acceptilation a été faite avant ou après le mariage contracté. Si c'est avant, l'acceptilation éteint une créance qui n'était point encore dotale, mais seulement destinée à le devenir, et, le mariage ayant lieu ensuite, il se trouve qu'il n'y a rien de constitué en dot; la femme a abandonné le projet de se doter, elle se marie sans dot Mais, dans ce cas, l'action ne sera éteinte pour la femme qu'autant que le mariage aura suivi, car s'il n'a pas eu lieu, le débiteur, dont la libération était conditionnel restera obligé envers la femme Si c'est après le mariage, comme à partir du mariage il y a dot, le mari, en faisant acceptilation de la créance dotale, détruit la dot. Ayant agi par l'ordre de sa femme, celle-ci sera tenue de l'indemniser par l'action *mandati contraria*, et le montant de l'obligation ainsi contractée par la femme deviendra dotal et remplacera la créance que le mari avait perdue. S'il néglige de réclamer cette indemnité, il n'aura rien à restituer (1).

(1) LL. 36, 37, 38, Dig., *de jure dotium.*

La femme peut encore se constituer en dot une créance qu'elle avait contre son mari antérieurement au mariage. La femme n'agira plus alors par l'action de sa créance pour réclamer la somme que lui doit son conjoint, mais bien par l'action de la dot, et, dans le cas où la femme voudrait poursuivre le mari par l'action de sa créance pour en recouvrer le montant, celui-ci lui opposerait l'exception *pacti conventi.*

Enfin on peut supposer que la femme a fait acceptilation au mari débiteur. Comment fera-t-il alors la restitution de la dot ainsi constituée ?

Si l'obligation éteinte par l'acceptilation était pure et simple, ou bien si le terme ou la condition qui y était apposée est arrivée avant la dissolution du mariage, cette obligation ne sera pas rétablie. Le mari est censé avoir reçu en dot la somme même, objet de cette obligation et il la restituera à la femme aux époques voulues.

Si, maintenant, la dette du mari était à terme ou sous condition et que la dissolution se produise avant l'échéance du terme ou l'arrivée de la condition, l'obligation devra être rétablie en son état primitif ; la femme demandera alors que les choses soient replacées dans l'état où elles étaient avant l'acceptilation ou le pacte *de non petendo*, la dette revivra avec toutes ses garanties ; et si les anciennes garanties, cautions et autres ne peuvent plus exister, le mari en donnera de nouvelles.

CHAPITRE IV

Des réformes de Justinien et des garanties introduites par lui pour mieux assurer la restitution de la dot

Nous avons vu que diverses actions s'offraient à la femme suivant qu'il y avait eu une convention formelle ou que les parties s'en étaient rapportées aux dispositions légales, et qu'elles appartenaient soit à la catégorie des actions de bonne foi, soit à celle des actions de droit strict.

Il en fut ainsi jusqu'à Justinien qui vint les réunir et les fondre en une seule. Par sa constitution de l'an 530 (1), il déclare que l'action *ex stipulatu* subsistera seule à l'avenir et sera donnée en l'absence de toute stipulation valable. Cette action, appelée plus simplement *actio de dote*, est pécuniaire comme l'action *ex stipulatu*, et, par suite, transmissible même lorsque le mari ou ses héritiers n'ont pas été mis en demeure ; en cas de dissolution du mariage par la mort de la femme, ses héritiers peuvent l'intenter, et la femme l'exerce qu'il y ait stipulation ou non. Outre cela, elle emprunte à l'action *rei uxoriæ* son caractère d'action de bonne foi et, comme le dit Justinien, tout ce qu'elle peut avoir d'utile.

(1) L. 1, Cod., *De rei ux. act.*, v, 13.

Quant à l'action *præscriptis verbis*, elle n'a plus sa raison d'être du moment où l'action *ex stipulatu* devient une action de bonne foi, et elle se confond avec elle.

D'autres modifications furent encore introduites dans les délais pour la restitution de la dot. Au lieu de faire une distinction entre les corps certains et les choses fongibles, on s'attacha au caractère mobilier ou immobilier de la dot. La restitution dut avoir lieu immédiatement pour les immeubles, et le mari put jouir du délai d'une année lorsqu'il s'agissait de meubles, à condition de restituer les fruits de cette année si la chose en produisait. Toutefois les parties conservèrent la faculté de modifier par un pacte le délai de restitution. Justinien conserva le bénéfice de compétence avec caution par le mari de payer la différence en revenant à meilleure fortune. Il supprima la prohibition de l'édit *de alter-utro*, et la femme put désormais recueillir le legs et la dot, à moins de volonté contraire de la part du mari.

Dans le droit classique, c'était à la femme qu'incombait la charge de faire la preuve de la numération. Elle établissait par des quittances ou autres actes équivalents, comme la mention contenue dans l'*instrumentum dotale*, que la dot avait été payée. A l'époque d'Alexandre Sévère, il fut permis de combattre ces énonciations de l'*instrumentum dotale* par l'exception *non numeratæ dotis*. Justinien accorda au mari un délai d'une année pour se prévaloir de cette exception quand le mariage avait duré moins de deux ans, et un délai de trois mois si le mariage avait duré plus de deux ans et moins de dix. Après dix ans cette exception n'était plus recevable : on supposait que le mari qui était resté dix ans sans ré-

clamer sa dot avait voulu en faire donation à sa femme ou se désister de son action.

Comme sous le droit classique, la dot devra être restituée avec tous ses accessoires. Mais Justinien supprima pour le mari le droit d'opposer par voie d'exception les rétentions, nous l'avons dit déjà : « *Taceat in ea, retentionum verbositas* (1) ; » à moins cependant qu'il ne s'agisse d'impenses nécessaires : « *Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur; nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur; sicut ex latioribus Digestorum libri cognoscere licet* (2). »

Pour les impenses utiles, le mari aura les actions *mandati contraria* et *negotiorum gestorum contraria*, et, pour les dépenses voluptuaires, il conservera le droit d'enlever les objets apportés, s'il peut le faire *sine detrimento*.

Il aura l'action *rerum amotarum* pour les objets que la femme a détournés et pour les choses par lui données ; il aura, au lieu du droit de rétention, soit l'action en revendication, soit la *condictio*, si les choses n'existent plus. Quant à la *retentio propter mores* et la *retentio propter liberos*, Justinien les supprime. Il suppose, quant à cette dernière, que les sentiments que la nature a gravés dans le cœur des parents seront une garantie suffisante qu'ils ne négligeront pas d'élever leur famille.

En passant maintenant à l'étude des garanties particulières accordées à la femme pour la restitution de

(1) L. 1, Cod., *De rei ux. act.*
(2) Inst., IV-VI, § 37.

sa dot, nous voyons que Justinien a, dans les trois constitutions que nous avons déjà citées, remplacé par des droits nouveaux les garanties qu'avait antérieurement la femme, sans toutefois modifier en rien la nature même de son droit sur la dot.

En effet, dans le droit classique, la femme était protégée par la loi *Julia* contre les aliénations et les hypothèques des immeubles dotaux consenties par le mari, et par le *privilegium* attaché à sa créance dotale contre le concours des créanciers chirogaphaires. Sa position était inférieure en ce qu'elle restait sans garantie contre les créanciers à qui les meubles dotaux avaient pu être hypothéqués ; la loi *Julia* ne s'appliquait qu'à l'aliénation des immeubles, et le *privilegium*, garantie toute personnelle, ne pouvait être opposé qu'aux créanciers chirographaires.

La première innovation de Justinien, en date de 529, et renfermée dans la loi 30, C., *De jure dotium*, eut donc pour objet de combler une lacune de la législation antérieure en étendant le privilège dont jouissait la femme et en le rendant opposable à tous les créanciers hypothécaires ou chirographaires du mari.

Les interprètes ne sont pas d'accord sur la portée exacte de cette constitution. D'après la plupart d'entre eux, la seconde partie de la loi contiendrait non de simples considérations théoriques, mais des dispositions positives par lesquelles Justinien, bouleversant de fond en comble les anciens principes, conférerait à la femme, sur les biens dotaux, et un véritable droit d'hypothèque et un véritable droit de propriété. Nous ne pensons pas que la loi 30 donne à la femme une véritable hypothèque ; l'empereur ne la lui accorda, en effet, qu'un an

après, dans une constitution qui présente cette faveur comme une création sans précédent. Il n'a pas voulu non plus la déclarer propriétaire de la dot; car des textes nombreux établissent d'une manière indiscutable que ce droit de propriété appartient au mari. D'ailleurs Justinien ne déclare pas la femme propriétaire *ipso jure*, même après la dissolution du mariage; mais il se contente de dire : « *Volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere* (1). »

Cette garantie fut encore trouvée insuffisante : ce privilège, portant d'une façon exclusive sur les biens dotaux, était sans aucun effet quand ces biens, pour une raison ou pour une autre, ne se trouvaient plus, à la dissolution du mariage, dans le patrimoine du mari; la femme se voyait alors primée sur les autres biens par les créanciers auxquels le mari avait déjà consenti des droits réels. Aussi, pour prévenir ce danger, Justinien, dans une constitution de l'année 530 insérée au titre du Code *De rei uxoriæ*, § 1, accorda à la femme une hypothèque sur tous les biens de son mari : « *Et ut plenius dotibus subveniatur; quemadmodum in administratione pupillarium rerum, et in aliis multis juris articulis, tacitas hypothecas inesse accipimus.* » Tous les biens du mari étaient frappés par l'hypothèque, et sur tous la femme acquérait un droit de suite.

Jusque-là, rien d'excessif dans ces nouvelles garanties accordées à la femme; mais on n'en saurait dire autant de la mesure par laquelle Justinien attacha à l'hypothèque de la femme un privilège.

(1) L. 30, Cod., *De jure dotium.*

En effet, par sa constitution de l'année 531, restée célèbre sous le nom de loi *Assiduis*, Justinien transforma l'hypothèque de la femme en hypothèque privilégiée, en sorte qu'elle primait tous les créanciers hypothécaires du mari, même antérieurs au mariage (1).

(1) L. 12, Cod., *Qui pot. in pig. hab.*

DROIT FRANÇAIS

DES DROITS DE LA FEMME DANS LA FAILLITE DU MARI

INTRODUCTION HISTORIQUE

Les dispositions légales qui réglementent le droit des femmes dans les faillites étant toutes de droit nouveau, nous pensons qu'il serait difficile de faire précéder cette étude de longs développements historiques.

Le commerce était autrefois bien restreint, et par conséquent les faillites bien rares. La hausse et la baisse sur les objets de consommation n'influaient guère jadis sur l'état des affaires de tel ou tel commerçant.

Pas de lois, connues du moins, sur la faillite, en Grèce ou dans d'autres pays, et cependant, dans l'antiquité, des villes florissantes, telles que Tyr, Carthage, Athènes, durent à leur commerce une grande prospérité.

Les seuls monuments de l'ancien droit sont : les Lois rhodiennes, recueil de lois ou usages maritimes des Rhodiens, dont l'authenticité est très contestable, et

deux titres de la législation romaine, au Digeste : *De lege Rhodia* et *De nautico fœnore*. Rien, par conséquent, dont nous puissions, en traitant de la faillite, faire notre profit.

C'est en Italie, tout d'abord, qu'on voit apparaître les premières sanctions contre la faillite. Milan, Florence, Venise, Gênes et Pise se donnèrent des lois. Remarquons en passant une disposition toute spéciale au droit des femmes, trouvée dans le statut de Gênes : les revenus de la dot placée dans la banque jusqu'au concordat étaient distribués par les syndics à la femme et à la famille du failli pour subvenir à leurs dépenses. La femme partageait avec la masse l'excédent des revenus. Lorsqu'il n'intervenait pas de traité, la femme prélevait le capital de sa dot sur tout le patrimoine indistinctement.

Plus tard en France, à Lyon, on vit paraître certains règlements spéciaux concernant les faillites; mais ces ordonnances, empruntées pour la plupart aux lois italiennes, ne présentent aucun ensemble, et, du reste, à l'exception de ces édits relatifs à la ville de Lyon, le reste de l'État n'avait pour loi en cette matière que l'ordonnance du 15 octobre 1536 octroyée à Lyon par François I^er^.

Puis vint l'ordonnance de 1560 édictant la peine de mort contre les faillis coupables de fraude et autorisant la contrainte par corps contre tous les négociants insolvables. On voit reparaître cette dernière peine dans l'ordonnance de Blois rendue en 1579 par Henri III.

L'édit de Henri IV, 1609, laissant subsister la peine édictée par les ordonnances précédentes contre les banqueroutiers frauduleux, protège les créanciers en annulant tous les transports, cessions, ventes et donations

de meubles ou d'immeubles faits par les faillis au profit de leurs enfants ou autres héritiers, et ordonne que « ceux qui se diront, contre vérité, créanciers des dits banqueroutiers, comme il arrive souvent par monopole ou intelligence, afin d'induire les vrais créanciers à composition et accords », soient punis comme complices des banqueroutiers frauduleux.

Enfin, avec ces ordonnances, celle de 1673, publiée par Louis XIV sous l'inspiration de Colbert et rédigée par Jacques Savary commerçant lyonnais, réglementa les faillites jusqu'à la fin de la Révolution française : « M. Colbert ayant inspiré au roi le dessein de donner un règlement général pour le commerce des négociants et marchands, tant en gros qu'en détail, il fut enjoint aux juges et consultes et maîtres et gardes des six corps de Paris d'envoyer leurs mémoires au sujet des abus qui se commettaient dans le commerce. Le grand ministre fit choix de M. Savary pour rédiger les articles de l'ordonnance, que l'on publia au mois de mars 1673, pour servir de règlement pour le commerce des négociants et marchands, et que M. Pussart avait même continué de nommer, par cette raison, le Code Savary. »

Amenées par la fondatiou des grandes compagnies de commerce, les dispositions de cette ordonnance furent puisées dans le droit italien et les règlements de Lyon Des douzes titres qui la composent,le onzième,divisé en treizearticles, est consacré aux faillites et banqueroutes. On conserve la peine de mort pour la banqueroute frauduleuse ; on déclare nuls tous transports, cessions et donations de biens meubles ou immeubles faits en fraude des créanciers ; de plus, on punit les complices de ces fraudes d'une amende de 1,500 livres et d'une

restitution au double ; on vise également un nouveau délit, celui de s'être porté créancier sans l'être réellement ou d'avoir sciemment augmenté le chiffre de sa créance. Un titre entier, le titre IX, était consacré aux lettres de répit que le roi se réservait la faculté d'accorder dans certains cas aux faillis.

Enfin, après la déclaration royale du 23 décembre 1699, destinée à compléter la législation relative aux lettres de répit, on vit paraître celle du 18 novembre 1702, qui porte que « toutes cessions et transports sur les biens des marchands qui font faillite seraient nuls et de nulle valeur, s'ils n'étaient faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue ; comme aussi que les actes et obligations qu'ils passeraient devant notaires, au profit de quelques-uns de leurs créanciers, ou pour contracter de nouvelles dettes, ensemble les sentences qui seraient rendues contre eux, n'acquerraient aucune hypothèque ni préférence pour les créanciers chirographaires, si lesdits actes et obligations n'étaient passés et si lesdites sentences n'étaient rendues pareillement dix jours au moins avant la faillite publiquement connue ».

Cette règle importante, qu'on retrouve, dépouillée de sa rigueur primitive, dans la loi actuelle, avait pour but de compléter l'ordonnance de 1673, insuffisante pour atteindre ceux qui, « maîtres de choisir le temps, le lieu, la forme des actes, ne laissent aux victimes de leurs fraudes que ce que la réflexion et la prévoyance n'ont pu parvenir à leur enlever. »

Telle fut la législation sur les faillites antérieurement à la Révolution française.

Jusqu'à ce moment, professant un respect sans bornes

pour les vieilles traditions, et imbu des idées romaines, le législateur n'avait pas pensé aux abus que pouvaient faire naître les larges protections que, depuis la loi Julia *De fundo dotali*, on n'avait cessé d'accorder à la femme dans le but de la sauvegarder contre l'insolvabilité du mari. Peut-être aussi jusqu'alors les commerçants n'avaient pas eu l'idée de s'associer leurs femmes comme complices de leurs fraudes et de puiser dans les garanties dont on s'était plu à les entourer un moyen de ruine pour les créanciers et de fortune pour eux. Peu à peu ces abus se révélèrent et de scandaleuses banqueroutes se produisirent.

Aidés par la perturbation profonde apportée par la Révolution dans le monde des affaires aussi bien que dans l'ordre politique, des spéculateurs audacieux, ruinés en apparence par des entreprises inouïes, reprenaient, sous le couvert de leurs femmes, le gage de leurs créanciers et semblaient insulter à leur malheur par un luxe effréné : « Trop souvent un commerçant a reconnu en se mariant une forte dot qu'il ne touchait pas, soit qu'il voulût faire illusion par l'annonce d'un actif supposé, soit qu'il préparât de loin un moyen de soustraire un jour sa fortune à ses créanciers. Le mari faisait à sa femme des avantages proportionnés à une dot qu'il ne devait pas recevoir. Souvent aussi il acquérait, sous le nom de sa femme, des immeubles qu'il payait de ses propres deniers, ou plutôt des deniers, de ses créanciers. Enfin, par des séparations frauduleuses et des actes simulés, les meubles, les bijoux, l'argenterie, tout passait dans la propriété de sa femme ; et au moment d'une catastrophe, souvent méditée de longue main, la femme, avec sa dot factice, ses avantages matrimoniaux, ses in-

demnités pour dettes qu'elle n'avait pas payées et ses acquisitions prétendues, absorbait toute la fortune du mari. »

Et d'ailleurs il n'était point nécessaire qu'une préméditation déloyale ait eu lieu pour arriver à ces désastres. Combien d'honnêtes commerçants dont les affaires avaient tout d'abord prospéré et dont les bénéfices avaient servi à satisfaire les goûts luxueux de leurs femmes! Puis un moment venait où le négociant ne pouvait plus faire face à ses affaires et était obligé de se laisser déclarer en faillite. La femme, dont les prodigalités étaient peut-être une cause de ruine ou dont le luxe n'avait servi qu'à attirer la confiance des créanciers, rejetait alors toute participation aux mauvaises chances, après avoir partagé les bonnes. Les malheureux créanciers étaient condamnés à passer leurs jours dans les privations et dans les larmes, pendant que la femme coulait des jours tranquilles dans la mollesse et dans l'oisiveté.

L'opinion était sous l'impression de ces scandales à l'époque où fut élaboré le Code de 1808. La réaction fut par trop violente. Napoléon, qui prit une part active à ces travaux de réforme, proposa au Conseil d'État les mesures les plus rigoureuses : il aurait voulu que tous les négociants fussent mariés sous le régime de la communauté et que la femme ne pût reprendre que les immeubles qui lui auraient appartenu un an avant le mariage, et seulement jusqu'à concurrence de 60,000 fr. La femme, disait-il, devait partager le malheur de son mari et être réduite à de simples aliments.

Ces exagérations ne trouvèrent pas d'écho au sein du Conseil d'État; les droits des femmes eurent leurs

défenseurs, et ce fut bien à regret que l'on consentit à porter atteinte aux règles posées par le Code civil pour la conservation de la dot, tout en repoussant les idées par trop absolues de Napoléon, qui auraient eu pour effet d'entraver le mariage des commerçants et de faire naître ainsi un véritable obstacle au commerce.

On modifia donc quelque peu le système présenté, qui cependant garda les traces de l'absolutisme de celui qui l'avait inspiré.

Voici quelles étaient, en résumé, les dispositions des articles 543-557 du Code de 1807 :

On considère les immeubles comme appartenant au mari. La femme ne peut reprendre que ceux qu'elle possédait au moment du mariage et qui lui sont restés propres, avec ceux qui lui sont advenus par donation ou succession, ou ceux qui ont été acquis avec des sommes provenant de cette donation ou succession, à charge par la femme d'en faire la preuve, preuve qui ne peut résulter que d'une déclaration d'emploi insérée dans l'acte d'acquisition. Tous les autres immeubles sont présumés, comme nous venons de le dire, appartenir au mari, étant considérés comme acquis avec les deniers de celui-ci, et ils sont le gage des créanciers.

On ne pouvait opposer aux créanciers les avantages que les époux s'étaient faits par contrat de mariage, à moins que le mari eût eu au jour du mariage une profession déterminée et ne fût pas devenu négociant dans l'année. Les dettes que la femme avait payées pour son mari, étaient considérées comme payées avec les deniers du mari, à moins de prouver le contraire. Les meubles sont au mari. Elle ne peut reprendre que les linges et hardes à son usage. Il lui faut, pour reprendre son ar-

genterie et ses bijoux, justifier, par des inventaires ou par des états annexés aux actes authentiques, qu'elle les a acquis par succession ou qu'elle les possédait lors de son contrat de mariage. Enfin l'hypothèque légale que la femme avait pour garantie de ses reprises ne pesait que sur les biens appartenant au mari au jour de la célébration du mariage, si son mari était commerçant à l'époque du mariage ou s'il l'était devenu dans l'année, ou bien encore si ce mari était fils de commerçant, sans avoir toutefois de profession déterminée.

Nous voyons donc par cela même que le Code de 1807 avait quelque peu restreint les protections dont on s'était plu depuis si longtemps à entourer la femme. Des restrictions, en effet, avaient lieu au point de vue de ses reprises, au point de vue de ses avantages matrimoniaux, et enfin au point de vue des garanties assurant à la femme le recouvrement de ses biens. D'un autre côté, on ne songea pas à porter atteinte à son droit de demander la séparation de biens.

La réaction s'était opérée cependant d'une façon violente. En voulant venir en aide aux créanciers, on avait pris par trop chaudement leurs intérêts et par trop laissé de côté ceux des femmes ; de nouveaux abus pouvaient naître, et des critiques s'élevèrent en sens contraire. Ajoutons à cela des droits de timbre très élevés, des délais, des formalités sans nombre absorbant la meilleure partie de l'actif. La loi ne suffisait pas à son rôle, comme dit M. Renouard ; et les tribunaux, pour éviter les sévérités du Code, reculant devant l'application de cette loi, organisaient eux mêmes la faillite en dehors des formes légales.

Une nouvelle réforme, considérée comme nécessaire,

ne devait pas tarder à s'accomplir, et, dès 1826, on vit demander des observations motivées et développées touchant les modifications que la loi sur les faillites serait susceptible de recevoir dans l'intérêt général du commerce. Cette demande était adressée par le ministre de la justice aux Cours d'appel, aux chambres de commerce et aux tribunaux.

Ces observations, recueillies avec soin au ministère de la justice, ne furent mises en ordre et analysées qu'en 1833. Une commission fut chargée par le garde des sceaux, M. Barthe, de préparer un projet de loi. Cette commission eut sous les yeux l'analyse des travaux provoqués en 1827. Elle consacra dix-sept séances à examiner et à discuter, article par article, tout le troisième livre du Code de commerce. Elle désigna dans son sein une sous-commission qui fut chargée de rédiger ses résolutions. Le projet fut ensuite communiqué à chacun des membres de la commission, qui furent invités à fournir leurs observations par écrit; puis la rédaction définitive fut discutée et arrêté par la commission entière.

Ce fut le 1er décembre 1834 que M. Persil, garde des sceaux, présenta ce projet à la Chambre des députés; celle-ci nomma une commission, et M Renouard, désigné comme rapporteur, déposa son rapport le 26 janvier 1835. Le projet fut ensuite présenté, le 28 mai 1835, à la Chambre des pairs; mais, avant que la commission de cette Chambre eût fait son rapport, la session fut close, et le même ministre dut représenter son projet le 26 janvier 1836.

Le projet fut soumis à l'examen de la commission précédemment nommée, et M. Tripier, désigné comme

rapporteur, déposa son rapport le 10 mai 1836. La discussion n'eut lieu que l'année suivante. Pendant l'intervalle, le projet adopté par la Chambre des députés avait été complètement remanié par les soins du gouvernement, qui avait jugé nécessaire de remettre en harmonie les diverses dispositions qui avaient cessé de l'être à la suite des modifications adoptées, et de tenir compte des objections qui avaient été soulevées depuis le commencement de la discussion. Ce fut encore M. Tripier qui fut rapporteur, et le nouveau projet fut adopté, le 11 mai 1837, après une courte discussion Renvoyé à la Chambre des députés, il eut pour défenseur M. Quinault, désigné comme rapporteur par une nouvelle commission: « Votre commission, dit-il, a donné son assentiment à toutes les modifications introduites dans cette partie de la loi; elle a remarqué avec satisfaction que les droits des femmes des faillis, trop méconnus par le Code de commerce, ont été réglés d'une manière plus équitable, sans que l'on ait sacrifié les précautions nécessaires pour empêcher que l'actif des faillis puisse être soustrait à leurs créanciers. »

Ce fut le 3 avril 1838 que le projet fut voté; accepté par la Chambre des pairs le 14 mai suivant, il fut transformé en loi le 23 mai et promulgué le 8 juin 1838.

De nouvelles modifications n'ont pas été apportées depuis à la loi sur les faillites. Les dispositions relatives aux droits des femmes n'ont plus soulevé de réclamations sérieuses. Elles subsistent telles qu'elles ont été votées en 1838 et vont faire l'objet de notre étude.

CHAPITRE Ier

Questions transitoires

Trois systèmes de législation ont été adoptés jusqu'à notre époque : l'ordonnance de 1673, le Code de 1807 et enfin la loi de 1838. D'après l'ordonnance de 1673, la faillite du mari ne modifiait en aucune façon les droits de la femme. D'après le Code de 1807, les femmes des faillis étaient traitées avec une rigueur extrême, et ce fut justement cette sévérité excessive qui amena le troisième système de législation, la loi de 1838. La transition de chaque système à l'autre a donc amené naturellement la question de savoir comment devaient être régis les droits des femmes, mariées sous l'empire de l'une de ces législations, dans les faillites ouvertes sous la législation postérieure. « Tout changement législatif sur le droit des femmes, dit M. Renouard, amène à sa suite, pour un long trait de temps, des questions transitoires, car les effets du statut matrimonial destiné à régler l'avenir se produisent souvent à une grande distance de la date du mariage. »

Le Code de 1807 avait respecté le grand principe de la non-rétroactivité des lois : la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. L'ancien article 557 disait : Les dispositions portées en la présente sec-

tion ne seront point applicables aux droits et actions des femmes acquis avant la publication de la présente loi. Par conséquent, la femme mariée sous l'empire de l'ordonnance de 1673 ne pouvait pas voir restreindre son hypothèque légale ; on ne pouvait pas non plus lui enlever ses gains de survie, ni le privilège qu'elle avait pour son douaire, ni le droit de reprendre tout son mobilier non constaté par acte authentique, par cela même que son mari avait été déclaré en faillite après 1807.

L'article préliminaire de la loi de 1838 ayant pris soin de dire que les faillites déclarées antérieurement à la promulgation de la présente loi continueraient à être régies par les anciennes dispositions du Code de commerce, sauf en ce qui concerne la réhabilitation et l'application des articles 527 et 528, il est certain que le Code de commerce devra seul être appliqué dans l'hypothèse où le mariage et la faillite sont l'un et l'autre postérieurs à la loi de 1838, on n'aura à les envisager qu'au point de vue de cette loi seule.

Si le mariage est antérieur à la loi nouvelle et si la faillite est postérieure, le doute est alors permis et la controverse peut exister. Deux hypothèses peuvent alors se présenter ; c'est lorsqu'il y a des créanciers antérieurs à la nouvelle loi ou postérieurs à sa promulgation, et, dans le cas où ils sont antérieurs à la loi de 1838, il faut encore distinguer s'il s'agit de créanciers hypothécaires ou simplement de créanciers chirographaires. Lorsque les créanciers sont postérieurs à la loi de 1838, il importe bien peu alors qu'ils soient hypothécaires ou chirographaires : ils sont sous le coup de la loi nouvelle ; n'ont-ils pas dû, en effet, croire que les

contrats passés avec le débiteur failli postérieurement à la loi seraient régis par les articles de cette loi et ne seraient point soumis aux dispositions du Code de 1807 !

Plaçons-nous maintenant en présence des créanciers hypothécaires antérieurs à la loi de 1838. Si ces créanciers ont acquis le droit d'hypothèque avant la loi nouvelle, leur droit devenu définitif subsistera quand même, et ils pourront invoquer contre la femme toutes les restrictions qu'apportaient à son hypothèque légale les rigueurs du Code de commerce.

Quant aux créanciers chirographaires, et c'est, nous le croyons, la seule situation qui puisse offrir des doutes, la solution serait tout opposée ; c'est celle qu'admet du reste un arrêt du 3 janvier 1844 : « Attendu qu'à dater de la loi du 28 mai 1838, l'article 563 est devenu le droit commun et a régi l'hypothèque des femmes dans toutes les faillites ouvertes postérieurement ; — attendu qn'en appliquant cet article lors même qu'il existe des créanciers chirographaires antérieurs à sa publication, on ne lui donne pas d'effet rétroactif, parce que ces créanciers n'avaient point à l'égard de la femme du failli, et pour repousser l'hypothèque par elle réclamée, des droits définitivement acquis et irrévocablement conférés ; — que leurs titres, en effet, ne leur attribuaient aucune cause de préférence, aucun droit singulier et spécial sur les immeubles de leur débiteur qui pourrait valablement les aliéner ou les grever d'hypothèque ; — que, soumis ainsi aux éventualités des conventions faites par le failli, tant qu'il avait eu le libre exercice de ces droits, ils doivent l'être à plus forte raison aux modifications législatives dont l'expérience a fait reconnaître la nécessité et que l'intérêt

public a réclamées..... ; par ces motifs, rejette. »

Des contradictions sérieuses et nombreuses ont été émises à l'occasion de cette jurisprudence. On a dit que les droits des créanciers chirographaires étaient appuyés sur une loi prohibitive dont les effets étaient acquis par le seul fait de la faillite ; le créancier, même chirographaire, avait, grâce au Code de commerce, la faculté de faire réduire les droits de la femme dans des proportions déterminées ; c'est sur la foi de cette garantie que le créancier traitait, et la femme, d'ailleurs, acceptait par son mariage la situation ainsi créée. « Les droits qui résultent des contrats, dit M. Merlin, n'importe qu'ils soient actuellement ouverts ou qu'ils ne soient qu'éventuels ou expectatifs, sont hors de l'atteinte de la loi postérieure. »

Nous n'hésitons pas cependant à déclarer que les créanciers chirographaires n'ont pas de droits acquis sur les biens de leur débiteur, qui est libre d'en disposer suivant son bon vouloir et qui peut les dissiper ou les aliéner, à condition, bien entendu, qu'il n'y ait pas fraude de sa part. L'ouverture de la faillite est un fait qui tombe sous l'empire de la législation existante, et ce fait exceptionnel n'a pas, relativement aux créances nées antérieurement, le caractère ou les conséquences d'une condition à laquelle on puisse appliquer l'article 1179 du Code civil : la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté N'est-il pas de principe, d'ailleurs, qu'un fait est régi par la législation en vigueur au moment où il se produit? La faillite, fait produit à un moment précis et déterminé, tombe forcément sous l'application de la loi sous l'empire de laquelle elle se déclare.

Il est naturel alors de dire que la femme reste sous l'empire du droit commun tant que le mari demeure à la tête de ses affaires, et que, dans le cas où la faillite vient à se produire, on doit avoir recours à la loi alors en vigueur pour connaître l'étendue des restrictions apportées par le législateur aux droits de la femme, en considération de cet état exceptionnel. La femme pourra alors avec juste raison profiter des améliorations qu'une loi moins sévère a introduites, à moins qu'il ne s'agisse de droits irrévocablement acquis. Et puis les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, en vertu de l'article 2093 du Code civil ; mais jusqu'à ce que les créanciers aient obtenu, pour sûreté de leurs droits, soit un privilège, soit une hypothèque, ce gage commun demeure chose éventuelle ; ils ont bien dans leur créance un droit définitif, mais le débiteur conserve, malgré tout, la libre disposition de ses biens, et le droit de gage que leur donne leur créance sur le patrimoine du failli est bien imparfait. Aucun droit de préférence, aucun droit spécial n'existe sur les immeubles du débiteur ; pas de réclamations à faire, par conséquent, si son patrimoine vient à être modifié soit par des aliénations ou par des constitutions d'hypothèques consenties par lui sur ses immeubles, soit par une loi venant grever de l'hypothèque légale de sa femme des biens complètement libres jusqu'alors, et les soustraire ainsi à leur action purement personnelle ; en sorte que l'on peut dire avec juste raison que les créanciers chirographaires n'ont pas de droits acquis sur le patrimoine de leur débiteur.

Autre difficulté quand on compare l'article 549 du Code de 1807 avec l'article 563 de la loi de 1838. La

femme, dit l'article 549, ne pourra exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage. D'après l'article 563, on ne lui refuse cette action qu'autant que le mari était commerçant au jour du mariage ou, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, l'est devenu dans l'année. Lui accorderons-nous dans ce cas le bénéfice de la loi nouvelle?

M. Massé propose de distinguer entre le cas où le mari est devenu commerçant avant 1838 et celui où il ne l'est devenu que depuis cette époque : « Dans le premier cas, la condition, dont l'ancien article 549 faisait dépendre la restriction du droit de la femme, étant accomplie avant la loi de 1838 et ayant fixé la position respective des parties, la survenance de cette loi ne pourrait la modifier sans produire un effet rétroactif; dans le deuxième cas, au contraire, cette condition n'étant pas accomplie et les droits de la femme étant encore entiers, ils se trouvent conservés par la loi de 1838, qui seule peut déterminer les effets de la profession commerciale que le mari embrasserait sous son empire. » Nous ne comprenons guère la différence que l'on fait entre ces deux hypothèses. Pourquoi M. Massé qui admet que l'hypothèque légale de la femme peut être opposée aux créanciers antérieurs à la loi de 1838, n'admettrait-il pas aussi que la femme puisse, au point de vue de ses avantages matrimoniaux, se prévaloir de la loi nouvelle? Appliquons donc dans ce cas les mêmes règles que pour l'hypothèque, car la solution de M. Massé n'aurait lieu d'exister que si la loi avait décidé que la femme perdrait *erga omnes* ses avantages matrimoniaux, du jour où son mari deviendrait commerçant.

CONDITIONS D'APPLICATION DES ARTICLES 557-564.

Avant d'examiner les dispositions qui régissent les droits des femmes dans la faillite de leurs maris, il nous semble de toute utilité de rechercher tout d'abord quelles sont les conditions qui devront être réalisées pour que la loi commerciale devienne applicable et soit substituée aux règles du droit commun. Parmi ces conditions il y en a de générales, communes à toutes les restrictions apportées par nos articles aux droits des femmes en cas de faillite de leurs maris, et d'autres qui sont spéciales à l'hypothèque légale et aux avantages matrimoniaux.

Les conditions générales, dont nous allons nous occuper tout d'abord, sont au nombre de trois : 1° il faut que le mari soit en état de faillite ; 2° il faut que la restriction aux droits de la femme soit demandée dans l'intérêt de la masse ; 3° il faut que la femme ait obtenu la séparation de biens.

Existence de la faillite.

Il faut que le mari soit en état de faillite, et c'est alors que la femme mariée à un commerçant se trouvera en concours avec d'autres créanciers qui n'ont pas été entièrement désintéressés. Cette première condition est contenue dans l'article 557 de la loi de 1838 : « En cas de faillite du mari, la femme..... »

Que faut-il maintenant pour qu'il y ait faillite dans le sens de l'article 557 ? Suffit-il qu'il y ait en fait cessa-

tion de paiements de la part du mari commerçant? Et c'est là, du reste, ce qui semble ressortir de l'article 437 : « Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite. » Faut-il, en outre, que cet état de faillite, pour influer sur les droits de la femme, soit constaté par jugement du tribunal de commerce ayant qualité à cet effet, aux termes de l'article 440 : « La faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce..... »?

D'ailleurs, cette question n'est que l'un des aspects multiples sous lesquels peut être envisagée une question plus générale que nous pouvons formuler ainsi : Les tribunaux autres que le tribunal de commerce ont-ils le droit de constater, incidemment au litige dont ils sont saisis, l'existence d'une faillite non constatée par le tribunal de commerce? En un mot, la faillite n'existe-t-elle que lorsqu'elle a été déclarée par le tribunal de commerce? Cette question n'est pas sans importance, loin de là ; suivant la solution qui lui sera donnée, le tribunal civil auquel sera soumise une contestation l'intéressant, devra, s'il reconnaît que la cessation de paiements existe en fait, faire subir à la femme les restrictions que le Code de commerce apporte à ses droits, ou, au contraire, laissant de côté ce fait qui est pour lui inexistant jusqu'à la déclaration du tribunal de commerce, agir comme si la femme ne devait subir aucune restriction et lui conserver la plénitude de ses droits.

Nous avons aussi, dans le même ordre d'idées, plusieurs questions à nous poser ; on peut ainsi se demander si les tribunaux civils peuvent, en l'absence d'une faillite déclarée, prononcer les nullités spéciales attachées à la cessation de paiements d'un commerçant par les articles 446, 447, 448 du Code de commerce. Enfin, bien

qu'il n'y ait pas de faillite déclarée, les tribunaux criminels peuvent-ils se prononcer sur une banqueroute simple ou frauduleuse ?

La jurisprudence semble désormais fixée sur ces différents points, et de nombreux arrêts sont venus affirmer que la déclaration préalable de la faillite n'est pas nécessaire pour donner lieu aux résultats légaux de la cessation de paiements. « La faillite, dit M. Renouard, est un fait qui existe par lui-même, un fait que le jugement déclaratif constate, mais ne crée pas, un fait qui à lui tout seul produit certains effets légaux, bien qu'il n'ait pas la même portée qu'un jugement déclaratif et n'entraîne pas des conséquences aussi étendues. La constitution judiciaire de la faillite appartient exclusivement aux tribunaux de commerce ; mais l'existence de la faillite, c'est-à-dire la cessation générale des paiements d'un commerçant, étant un fait, tous tribunaux saisis d'une contestation où ce fait se trouve impliqué, ont le pouvoir de le reconnaître, de le constater et d'en appliquer les conséquences aux litiges desquels ils se trouvent régulièrement saisis. » La faillite étant un état de fait, il est tout naturel, et cela n'est nullement contraire à tous les principes du droit et à l'intérêt de la justice, de le constater et de tenir compte des conséquences juridiques qui en découlent forcément ; il serait bien peu équitable de faire dépendre d'une formalité de procédure une modification aussi profonde dans les droits des parties que celle résultant de ce fait, et d'exiger que les tribunaux, se plaçant en dehors de la réalité, rendent une décision fondée sur une fiction.

C'est ainsi qu'il a été jugé, sous l'empire du Code de commerce, que l'ancien article 551, qui restreignait

l'hypothèque légale de la femme aux biens possédés par le mari avant le mariage, ne s'appliquait pas seulement au cas de faillite déclarée, mais qu'il s'ppliquait encore à la simple cessation de paiements, et même à l'état résultant de la cessation de biens. On a jugé encore qu'il suffit qu'un commerçant ait cessé ses paiements, pour que sa femme ne puisse exercer sur ses biens aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage, quand même il ne serait pas intervenu de jugement déclaratif de faillite. Et encore un arrêt de la Cour de Lyon de 1880 qui décide, qu'à la vérité, pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 447, il n'est pas nécessaire, comme l'ont pensé les premiers juges, qu'un tribunal de commerce ait déclaré la faillite ; que les tribunaux civils eux-mêmes ont le droit de constater qu'un commerçant est en état de cessation de paiements et d'en tirer les conséquences légales.

Ce système est loin d'avoir été adopté d'une façon unanime. Des auteurs du plus grand mérite ont soutenu l'opinion contraire, qui d'ailleurs a été adoptée par quelques arrêts. Il faut, dit-on, que la faillite ait été déclarée par le tribunal de commerce pour qu'une autre juridiction puisse appliquer les effets attachés par la loi à l'état de faillite. L'article 440 est formel : la faillite est déclarée par le tribunal de commerce; c'est-à-dire qu'aucun autre tribunal ne peut constater la faillite, la cessation de paiements. L'état de faillite et l'étatd e cessation de paiements ne sont qu'un seul et même fait ; ils existent avant le jugement déclaratif, qui ne les crée point et qui ne fait que les constater ; or cette constatation n'a été attribuée par la loi qu'aux tribunaux de commerce, dont la compétence est exclusive en cette matière.

Un autre argument contre l'opinion que nous venons d'émettre, c'est la difficulté de reconnaître le fait de la cessation de paiements. Il y a là un fait complexe que les tribunaux ordinaires ne pourraient apprécier d'une façon convenable ; on a à examiner l'ensemble d'une situation commerciale, on a à comparer un actif et un passif : se peut-il faire qu'un juge ordinaire ait les connaissances suffisantes pour apprécier tout cela, et n'est-ce pas plutôt à un commerçant qu'il est donné de faire cet examen, après lequel ses connaissances spéciales et son expérience le mettront à même de donner une solution juste? C'était sans doute le but du législateur, ainsi qu'on peut le voir dans le rapport déposé par M. Renouard à la Chambre des députés : « Le système de la commission ou plutôt du gouvernement, en rédigeant le projet de loi, a été d'exiger, pour constituer la faillite, ce qu'on appelle la cessation de paiements, c'est-à-dire de ne plus s'attacher à un fait isolé, tel qu'un ou deux protêts, tel même que la clôture du magasin, qui pourrait tromper sur l'intention et le sens dans lequel cette circonstance aurait eu lieu, mais d'exiger un ensemble de circonstances et d'en laisser l'appréciation au tribunal de commerce, qui, éclairé par la connaissance et l'habitude des affaires commerciales, peut se prononcer avec connaissance sur cet ensemble de circonstances. » On retrouve encore cette volonté du législateur formellement exprimée dans l'article 635 : les tribunaux de commerce connaîtront de tout ce qui concerne les faillites.

On objecte encore que si le tribunal de commerce n'est pas seul compétent pour déclarer la faillite, il y a alors d'autres tribunaux partageant cette compétence

avec lui et ces tribunaux peuvent rendre sur le même point des décisions tout à fait contraires. Comment donc éviter ce conflit, si ce n'est en donnant au tribunal de commerce seul le droit de déclarer la faillite?

Enfin ce qu'on cherche dans l'organisation des faillites, c'est établir l'égalité entre tous les créanciers, arriver à partager entre tous également et au marc le franc la masse de l'actif net. Ce but serait loin d'être atteint en admettant le premier système, car, en vertu du principe de l'autorité relative de la chose jugée, il y aurait des créanciers auxquels on appliquerait les règles de la faillite, tandis que pour d'autres on invoquerait le droit commun.

Nous avons dit plus haut que de nombreux arrêts étaient venus affirmer que la déclaration préalable de la faillite n'est pas nécessaire pour donner lieu aux conséquences juridiques de la cessation de paiements; quelques Cours d'appel ont cependant émis des décisions contraires : la Cour de Douai, 13 avril 1840, a formulé ainsi son opinion : « Aucune faillite n'existe qu'autant qu'elle a été expressément déclarée par un tribunal de commerce, dans les formes déterminées par la loi. » Il a encore été jugé, Grenoble, 15 février 1845, que l'hypothèque légale de la femme d'un commerçant décédé en état de cessation de paiements, mais dont la faillite n'a point été déclarée dans l'année de son décès, doit être réglée d'après le droit commun, et non en vertu de l'article 563 applicable aux femmes des faillis.

En admettant que la déclaration des faillites n'est pas une question préjudicielle jusqu'à la solution de laquelle les tribunaux civils ou criminels doivent surseoir à sta-

tuer, doit-on décider de même lorsqu'un jugement a été rendu par le tribunal de commerce et admettre un autre tribunal à se mettre en contradiction avec le premier lorsqu'il a à se prononcer sur la même affaire? L'affirmative a été admise par la Cour de cassation qui a validé la décision d'un tribunal correctionnel prononçant la peine de la banqueroute contre un négociant que le tribunal consulaire avait refusé de déclarer en faillite. On considère les deux juridictions comme complètement indépendantes l'une de l'autre. On a fait observer, à ce propos, que les règles spéciales à la faillite pourraient, dans ce cas, permettre de faire exception aux principes généraux dont on tire ces conséquences. En effet, s'il est vrai que le tribunal civil et le tribunal correctionnel, statuant dans ce cas sur des objets distincts, ne sont pas liés par la décision l'un de l'autre, — car l'un se prononce sur le dommage causé et l'autre sur l'intention criminelle, — il est vrai aussi que le tribunal correctionnel qui a prononcé la peine de la banqueroute s'est mis, d'une façon tout à fait formelle, en contradiction avec la décision du tribunal consulaire se prononçant sur l'existence même du fait de la faillite, dont la banqueroute ne peut être qu'une conséquence. N'est-ce pas aller contre la volonté du législateur que d'admettre un tel résultat; et n'est-ce pas vouloir établir trop souvent entre les décisions judiciaires des conflits de la plus haute gravité?

Intérêt des créanciers.

Pour appliquer nos articles, il faut encore que la restriction aux droits de la femme soit demandée par les

personnes dans l'intérêt desquelles cette restriction a être établie par le législateur ; il faut, en un mot, que les créanciers de la faillite y aient un intérêt, puisque c'est pour eux seuls que la loi a disposé. Mais de quelle façon faut il déterminer les conséquences de ce principe ? Et faut-il restreindre indifféremment les droits de la femme au profit des créanciers chirographaires et des créanciers hypothécaires ; et enfin, à l'égard du mari ou de ses héritiers, la femme conserve-t-elle la plénitude de ses droits? Commençons donc par rechercher quelle étendue doit être donnée à ces mots de « créanciers de la faillite ».

Les créanciers hypothécaires, tout d'abord, ont-ils le droit d'invoquer le bénéfice des restrictions apportées aux droits de la femme et de demander l'annulation de son hypothèque pour faire valoir les leurs, ou, au contraire, ne doit-on admettre à former cette demande que les créanciers chirographaires ?

En faveur de cette question controversée on a émis surtout deux systèmes. On prétend, tout d'abord, que les créanciers hypothécaires ont le droit d'invoquer les restrictions dont nous venons de parler. On se fonde, pour soutenir cette opinion, sur la généralité des termes de nos articles, qui ne font à cet égard aucune différence entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires. Rien de plus juste, d'ailleurs, car tous sont également atteints par les fraudes que le failli commet de concert avec sa femme, et tous ont également besoin de la protection de la loi. Si celle-ci, d'ailleurs, a établi des restrictions aux droits de la femme sur les immeubles acquis par son mari à titre onéreux pendant le mariage, c'est qu'elle présume que l'argent

qui a servi à payer les immeubles provient des créanciers, et cet argent a été fourni tout aussi bien par les créanciers chirographaires que par les créanciers hypothécaires : pourquoi leur situation ne serait elle donc pas la même vis-à-vis des bénéfices accordés par la loi?

Ce système, admis par la jurisprudence et par la majorité de la doctrine, a été cependant vigoureusement combattu. L'article 563, a-t on dit, est exceptionnel et rigoureux ; il déroge au droit commun ; il sacrifie, par une présomption, l'intérêt de la femme à l'intérêt des créanciers du mari. La femme qui épouse un commerçant acquiert, comme toute autre femme mariée, une hypothèque légale sur les biens de son mari : cette hypothèque continue à grever les biens que le mari aliène. Seulement cette hypothèque est susceptible de s'évanouir, si le mari tombe en faillite, relativement aux biens acquis à titre onéreux pendant le mariage, biens suspects d'avoir été acquis avec l'argent des créanciers. Ainsi la loi anéantit une hypothèqne, elle prononce une déchéance, et cela sur un simple soupçon, il y a là quelque chose d'exorbitant. Il faut donc interpréter l'article 563 d'une façon restrictive et le limiter aux exigences de l'intérêt que la loi a mis sous sa protection. Or il ne s'agit ici que de l'intérêt des créanciers chirographaires. Le texte, il est vrai, ne distingue pas, mais doit-on s'en tenir à la lettre de la loi ; et d'ailleurs le titre de notre chapitre : *Des différentes espèces de créanciers, et de leurs droits dans la faillite*, suffit pour prouver que ces articles ne peuvent être invoqués que par les créanciers chirographaires, le législateur ayant établi une opposition entre les droits de tous les créanciers privilégiés, d'une part, et la masse, de l'autre.

Nous ne pensons pas que ce système soit le bon, et d'ailleurs il conduit à des conséquences contradictoires. Ainsi la femme pourra, à l'égard du créancier hypothécaire, faire preuve de ses créances par toute espèce de moyens, tandis qu'elle ne pourra le plus souvent opposer à la masse que des preuves par titres authentiques ou actes ayant date certaine ; de cette difficulté de preuves d'un côté, de cette facilité de l'autre, naîtront nécessairement des contradictions, et certains jugements pourront déclarer un fait vrai à l'égard de certains créanciers et faux à l'égard des autres. Ce n'est pas tout : l'hypothèque de la femme, valant contre le créancier inscrit, n'aura aucune valeur à l'égard de la masse, et le créancier hypothécaire placé entre la femme et la masse, et devant être toujours préféré à celle-ci, lui enlèvera tout intérêt d'obtenir la nullité, en conservant de cette façon une hypothèque que la loi lui refuse. Comment sortir de là? En admettant, comme l'a proposé un des défenseurs de ce système, que l'on puisse subroger la masse aux droits de la femme; mais on ne saurait ainsi créer une subrogation malgré le silence de la loi.

Séparation de biens.

Pour appliquer à la femme les restrictions des articles 557-564, il faut encore que le mariage soit dissous au moment de la faillite ou que la femme ait obtenu au préalable la séparation de biens ; et nous ferons remarquer qu'elle peut toujours l'obtenir, car la faillite suppose la cessation de paiements, et par conséquent un désordre tel dans les affaires du mari, qu'il y ait lieu de

craindre pour les reprises de la femme (art. 1443 C. civ.). Il faut cependant excepter l'hypothèse où les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens; dans ce cas, comment pourrait-il être question de séparation judiciaire? Quelles reprises la femme aurait-elle à exercer, puisque son mari n'a jamais eu aucun droit sur ses biens? Il lui suffit donc de s'opposer par voie d'exception aux poursuites des créanciers, s'ils les voulaient étendre à ses biens personnels. Quant aux créances que la femme pourrait avoir à exercer contre son mari, elle les exercera, dans la faillite, sans séparation de biens judiciaire; en effet, elle n'a pas, dans ce cas, à être investie de nouveau de l'exercice de ses droits et actions, qu'elle n'a jamais perdu, et dont elle aurait pu user à toute époque pendant le mariage. Sans doute elle aura à subir, si, par exemple, elle invoque son hypothèque légale, les restrictions imposées par la loi des faillites ; mais il ne lui faudra, pour cela, suivre aucune procédure préalable.

On doit suivre les mêmes règles pour la femme mariée sous le régime total, en ce qui concerne la reprise en nature de ses biens paraphernaux; car, relativement à ces biens, la femme dotale peut être considérée comme séparée de biens.

Sous tous les autres régimes, la séparation de biens préalable sera utile à la femme pour exercer ses reprises ou réclamer ses propres; jusque-là, et malgré la faillite, le contrat de mariage fait la loi des parties; le mari reste chef de la communauté et administrateur des biens de sa femme, qualités qu'on ne peut lui retirer, pas plus que les avantages qui en sont la conséquence, tant qu'il n'en a pas été dessaisi en vertu d'un jugement de séparation de biens.

Bien plus, la faillite rend exigibles toutes les dettes passives du commerçant, bien que non échues ; mais les créances dotales ou les reprises de la femme ne pourraient par cela même être exercées, parce qu'elles constituent des dettes d'une nature toute particulière qui ne ne deviennent exigibles que par la dissolution du mariage ou la séparation de biens. Ce n'est donc qu'à cette époque que la femme pourra demander à son mari la reddition d'un compte ou le paiement d'une créance, car, n'ayant pas jusqu'alors de patrimoine séparé, elle exercerait sans résultat des reprises qui feraient immédiatement retour à son mari.

Nous repoussons donc dès maintenant l'argument tiré de l'article 444 du Code de commerce et dont quelques auteurs se sont servis pour démontrer que la séparation de biens résultait de plein droit du jugement déclaratif de la faillite. On a prétendu, en effet, que la séparation de biens, préliminaire indispensable de l'exercice par la femme de ses droits dans la faillite, était un préliminaire légal qui n'avait pas besoin d'être l'objet d'une instance spéciale. Nous n'admettons pas ce système ; en effet, les articles 1445 du Code civil et 872 du Code de procédure ont organisé une marche à suivre toute spéciale pour obtenir la séparation de biens ; ils ont entouré cette procédure de garanties extraordinaires propres à assurer la publicité de la demande et du jugement. En présence de cet état de choses, il n'est guère possible d'admettre que le législateur attribue au jugement déclaratif de la faillite qui ne reçoit en définitive qu'une publicité fort restreinte, l'effet exorbitant de produire la séparation de biens.

Outre l'article 444 du Code de commerce, dont nous

venons de parler, nous ne voyons d'ailleurs aucun texte sur lequel on puisse s'appuyer pour soutenir cette opinion, pas même l'article 1446 du Code civil, dont on a essayé de tirer un argument qui, à notre avis, est loin d'être sérieux. Il militerait plutôt en faveur de notre système, car la loi n'accorde aux créanciers le bénéfice de cet article que parce qu'il n'y a pas de séparation de biens ; les créanciers n'auraient nullement besoin d'une disposition spéciale de la loi pour invoqver des droits qu'elle-même a établis pour eux.

Quant à ce droit de demander la séparation de biens, il est personnel à la femme, et, par conséquent, en vertu de l'article 1166 du Code civil, ses créanciers ne peuvent la demander à sa place. C'est donc un droit tout spécial que vient leur accorder l'article 1446 que nous venons de citer, en déclarant que : « néanmoins, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, ils peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. » Les créanciers de la femme auront donc le droit non pas de demander la séparation de biens, mais d'agir comme si la séparation de biens était prononcée. Nous ferons néanmoins remarquer, qu'agissant, non en vertu d'un droit propre, mais comme représentants de la femme, ils n'ont d'autres droits qeu ceux qu'elle aurait elle-même et qu'ils doivent subir toutes les restrictions qui sont la conséquence légale de l'état de faillite.

Aux termes de l'article 1444 du Code civil, la séparation est nulle si la femme n'a fait exécuter dans la quinzaine le jugement qui prononce cette séparation de biens, c'est-à-dire si, dans cette quinzaine, elle n'a pas obtenu le paiement réel de ses droits et reprises. En

matière de faillite cette disposition de l'article 1444 devient d'une application difficile ; en effet, la femme ne peut agir contre son mari tant à cause du dessaisissement de ce dernier que de la déchéance du droit de poursuite, et d'ailleurs la lenteur des opérations d'une faillite rend d'ordinaire impossible le paiement effectif des reprises dans la quinzaine. Le jugement tomberait donc si l'on n'avait décidé qu'il suffit que la femme remette ses titres au syndic pour que le jugement soit réputé exécuté conformément à l'article 1444. Les frais de l'instance incomberont à la masse, encore que le syndic, renonçant à toute défense, déclare s'en rapporter à la justice. Le motif en est que la masse représente le mari et qu'elle est mise en son lieu et place.

Contre qui, maintenant, la femme doit-elle intenter son action en séparation de biens? Sera-ce contre le mari, contre le syndic ou contre le syndic et le mari conjointement? On a prétendu que l'action en séparation de biens devra être intentée contre le failli lui-même. On en a donné pour motif que l'action en séparation de biens porte atteinte à l'honneur et à la considération du mari, puisqu'elle lui enlève l'administration des biens de sa femme ; que l'article 1446 défend aux créanciers personnels de la femme d'intenter l'action en séparation de biens, d'où cette action est spécialement attachée à la personne de la femme, et par conséquent les créanciers du mari ou le syndic qui les représente ne peuvent pas plus y défendre que les créanciers de la femme ne peuvent l'intenter ; que l'article 871 du Code de procédure n'accorde aux créanciers du mari que le droit d'intervenir à l'instance en séparation de biens, s'ils n'y ont pas été appelés ; donc l'action ne doit pas être dirigée

contre eux, mais contre le failli ; que l'article 443 du Code de commerce ne prononce le dessaisissement du failli que pour les actions mobilières ou immobilières ; or l'action en séparation de biens n'est ni mobilière ni immobilière.

On a dit aussi, et avec plus de raison, croyons-nous, que l'action en séparation de biens doit être intentée par la femme contre le syndic. En effet, cette action n'atteint pas nécessairement l'honneur et la considération du mari ; son but principal est la dissolution de la communauté, la restitution des biens dotaux, et ce n'est qu'indirectement et en augmentant la capacité de la femme qu'elle restreint la puissance maritale. Quant à l'argument qu'on essaie de tirer de l'article 1446, on peut l'écarter ; cet article ne vise que l'introduction de la demande en séparation de biens ; or, dans notre espèce, il ne s'agit que de la défense de cette action. Nous n'avons pas à prendre davantage en considération l'article 871 du Code de procédure et l'article 443 du Code de commerce ; le premier ne prévoit pas l'hypothèse de la faillite du mari, et le second, ne parlant que des actions mobilières et immobilières, ne veut évidemment citer que des exemples, car le dessaisissement du failli porte sur toutes ces actions, sauf celles qui intéressent son honneur.

Quant au troisième système, d'après lequel la demande en séparation de biens doit être dirigée contre le failli et contre le syndic conjointement, nous ne pouvons l'admettre. On ne saurait présenter en faveur de ce système aucun argument sérieux, et le Code de commerce, d'ailleurs, ne fournit aucun exemple d'actions pouvant être exercées à la fois contre le syndic et contre

le mari. Celui-ci aura simplement le droit d'intervenir, sans même que son intervention soit nécessaire et que son absence empêche le jugement de valoir contre lui.

Les conditions d'application de nos articles sont donc celles-ci : il faut que le mari soit en faillite ; il faut que la masse des créanciers soit intéressée à cette application ; il faut enfin que la femme ait obtenu la séparation de biens.

A coté de ces conditions générales, il en est d'autres que nous n'aurons à envisager qu'au point de vue des articles 563 et 564, et que nous allons étudier maintenant.

Pour qu'on puisse annuler les avantages matrimoniaux faits à la femme, pour qu'on puisse restreindre son hypothèque légale, il est nécessaire, aux termes des articles 563 et 564, que le mari ait été commerçant au jour du mariage ou le soit devenu dans l'année qui suit cette époque, s'il n'avait pas alors de profession déterminée. On avait pensé, en effet, qu'il serait injuste de faire perdre à une femme les avantages sur lesquels elle pouvait compter, alors que rien au jour du mariage ne pouvait faire prévoir que son mari embrasserait la carrière commerciale. C'était cette rigueur que plusieurs membres du Conseil d'État avaient reprochée au projet de 1807. Non seulement la femme était soumise à nos restrictions lorsque son mari ayant, au moment du mariage, une profession déterminée, avait embrassé dans l'année la profession de négociant, mais encore lorsque son mari était un fils de négociant n'ayant au moment du mariage aucune profession déterminée, pourvu qu'il fût devenu commerçant plus tard. On avait objecté en vain, au moment du vote de la loi de 1807, « qu'on

anéantissait tous les contrats de mariage si un homme peut, même après un laps de vingt ans, en changer les conditions par un seul acte. » A cela on avait répondu que la femme devait partager et suivre le sort de son mari.

Nous avons dit : il faut que le mari ait été commerçant au moment du mariage. Ce n'est pas précisément de la qualification que le mari s'est donnée dans le contrat de mariage que dépend cette qualité de commerçant. Ceci ne suffirait pas à autoriser contre la femme l'application des articles 563 et 564, si le mari ne faisait pas habituellement des actes de commerce ; cependant cette qualification prise par lui pourrait avoir pour effet de mettre à la charge de la femme la preuve qu'au jour du mariage son mari n'était pas commerçant (Cassation, 24 janvier 1872). En sens inverse, il importerait bien peu qu'il eût une profession autre que celle de négociant s'il se livrait habituellement à des actes de commerce.

Dans le cas où le mari aurait eu au jour du mariage une profession autre que celle de commerçant et même incompatible avec celle-ci, nos articles devraient-ils être appliqués ? Ce point est controversé. Certains auteurs et la plupart des arrêts décident que, dans cette hypothèse, la femme doit subir les restrictions des articles 563, 564. L'article 1 dit que « le commerçant est celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle ». Il importe donc peu que cet individu exerce en même temps une autre profession, puisque l'article n'exige pas que l'individu soit commerçant, qu'il fasse du commerce sa profession principale ; il suffit qu'il fasse habituellement des actes de commerce.

Nous ne pensons pas devoir admettre cette théorie.

En somme, deux intérêts sont en présence : celui de la femme et celui des tiers qui ont contracté avec le mari. C'est en faveur de ces derniers que nos articles ont été écrits. Mais faut-il, au moins, qu'ils n'aient rien à se reprocher. Ce n'est pas le cas dans notre espèce; car ils savaient parfaitement, au moment des contrats qu'ils ont pu passer avec leur débiteur, que celui-ci avait une profession incompatible avec l'état de commerçant. Or, s'ils ont consenti, malgré la loi, à faire avec lui des actes de commerce, ce doit être à leurs risques et périls. Comment admettre alors que ces créanciers puissent se retourner contre la femme qui ne devait pas savoir en se mariant que son mari faisait des actes de commerce et pouvait tomber en faillite? On devra donc, dans ce cas, sacrifier à la femme ces créanciers de mauvaise foi.

Les articles 563 et 564 ne sont encore applicables que si le mari, n'ayant aucune profession au jour du mariage, devient commerçant dans l'année. Comme on le voit, il n'est plus question de la différence que le Code de 1807 faisait entre les fils de négociant et les autres personnes. N'était-ce pas aller trop loin que d'établir comme présomption légale que le fils d'un négociant qui n'a pas de profession doit nécessairement prendre celle de son père? Et cependant il serait peut-être permis, en fait de présomptions, de critiquer celle qui se fonde sur ce fait que le mari qui n'avait aucune profession déterminée lors du mariage avait, au moment où il s'est marié, l'intention, connue de sa femme, de faire le commerce. Néanmoins on doit appliquer la loi; mais comme ce droit de restriction est, de sa nature, essentiellement exceptionel, nous pensons qu'on ne doit

l'étendre en aucune façon et qu'il suffit que le mari ait eu au moment de son mariage une profession quelconque pour que la femme ne subisse pas l'application de nos articles.

DU TRIBUNAL COMPÉTENT.

Maintenant que nous avons indiqué les conditions d'application des articles 557-564, il nous reste quelques mots à dire du tribunal devant lequel devront être portées les difficultés soulevées par les faillites et banqueroutes. Ces difficultés étaient jadis de la compétence des juges civils ; il y eut un temps où la connaissance en fut attribuée aux juges consuls. La première déclaration qui leur a attribué cette connaissance est du 10 juin 1715; mais, depuis l'année 1733, l'attribution ayant discontinué d'être accordée aux juges consuls, les choses sont rentrées dans le droit commun, et la connaissance des faillites et banqueroutes, ainsi que des différends nés à leur sujet, a continué d'appartenir, comme par le passé, aux juges ordinaires. Exceptionnellement pour la Normandie, un arrêt du Conseil du 20 avril 1770 avait conservé aux tribunaux de commerce le droit de statuer sur ces matières. Néanmoins des luttes très vives et assez nombreuses continuèrent entre les différentes juridictions, sur la question de savoir qui s'occuperait des litiges ayant pour cause la faillite ou la banqueroute. Au milieu de ces prétentions en sens divers, le Code de 1807 prit un moyen terme: il accorda compétence aux tribunaux de commerce, mais seulement dans quatre cas. D'après ce Code, ils connaissent de ce

qui concerne : 1° le dépôt du bilan et l'affirmation des créances ; 2° l'opposition au concordat, lorsqu'elle est fondée sur des actes ou opérations dont la connaissance est réservée au tribunal de commerce ; 3° l'homologation du traité entre les créanciers et le failli ; 4° la cession de biens faite par le failli pour la partie qui en est attribuée aux tribunaux de commerce par l'article 901 du Code de procédure civile.

Il n'en est plus ainsi. Les tribunaux de commerce connaîtront de tout ce qui concerne les faillites (article 635). Toutefois il ne faudrait pas prendre cet article dans un sens absolu et supposer qu'il a attribué aux tribunaux de commerce une compétence exclusive pour toutes les contestations que peut faire naître la faillite. Loin de là ; chaque fois, au contraire, que l'on n'aura pas à apprécier une des hypothèses prévues par la loi, on devra, mais tout d'abord si la question soumise doit être traitée par le tribunal de commerce ou par le tribunal civil, et après examen, en attribuer la compétence à l'une ou à l'autre de ces deux juridictions ; c'est-à-dire qu'on ne devra admettre l'application de notre article que toutes les fois que la faillite aura eu une influence sensible sur l'action engagée, soit qu'elle l'ait fait naître, soit qu'elle en ait modifié l'exercice.

Il résulte de ce que nous venons de dire que les tribunaux civils auront, dans certains cas, à statuer sur des contestations relatives aux droits des femmes. Ils connaîtront évidemment de ce qui concerne la dot, les reprises de la femme ou les privilèges sur les immeubles. Les droits de la femme et ceux des créanciers hypothécaires sont fondés sur des titres authentiques ; l'action à intenter en vertu de ces titres est portée devant les

tribunaux civils, qui rendent les jugement sen vertu desquels la femme et les créanciers hypothécaires viennent se présenter à la faillite et y exercer leurs privilèges. On devra également soumettre à ces tribunaux toutes les questions de propriété qui intéressent la femme. Quant à la validité des actes qu'elle aurait passés avec son mari depuis la cessation de paiements ou dans la période suspecte ; quant à la vérification de ses créances ; quant à l'opposition qu'elle pourrait former au concordat, ce sont là des questions sur lesquelles doit se prononcer le tribunal de commerce.

Au cas d'incompétence, le tribunal de commerce devra se dessaisir d'office ; le tribunal civil pourra connaître d'une affaire même commerciale, à condition qu'il y ait consentement de la part de l'autre partie. Ajoutons que le tribunal correctionnel aura à se prononcer en matière d'actes frauduleux, lorsque la femme, par exemple, aura été coupable de détournements dans les objets devenus le gage de la masse ; ce sera la cour d'assises lorsqu'elle aura été complice de son mari.

Après avoir indiqué les conditions d'application des articles qui nous occupent ; après avoir vu à quel tribunal il appartenait d'appliquer ces règles du droit commercial, il nous reste maintenant à nous demander quelles sont les restrictions apportées par ces articles aux reprises de la femme, à ses avantages matrimoniaux et à son hypothèque légale.

CHAPITRE II

Restrictions aux droits de la femme au point de vue de la preuve pour l'exercice de ses reprises

Dans le droit commun, la femme séparée de biens judiciairement peut exercer contre son mari deux sortes de reprises : 1° elle peut agir en revendication pour obtenir la restitution en nature de ses biens propres ; 2° elle peut poursuivre son mari en qualité de créancière pour se faire payer les sommes qui lui sont dues. En d'autres termes, elle peut invoquer soit des droits réels, soit des droits personnels, et, dans ce dernier cas, elle a en outre la garantie réelle accessoire de l'hypothèque légale. La séparation de biens qui est prononcée à la suite de la faillite laisse la femme en possession de ces deux sortes de droits ; ils sont, il est vrai, profondément altérés par suite du droit tout exceptionnel qui fait rejaillir sur elle les conséquences de l'état dans lequel se trouve le mari vis-à-vis de ses créanciers ; mais ils existent toujours et doivent encore, malgré la faillite, être distingués avec soin. Quand la femme, en effet, a un droit réel à faire valoir, elle se trouve naturellement placée dans cette catégorie d'ayants cause de la faillite dont les droits, quand les justifications requises en ont été produites, ne subissent pas les vicissitudes

de la faillite, et auxquels la loi conserve le bénéfice de la revendication. Quand, au contraire, la femme argumente d'un droit personnel, elle est rejetée au rang des créanciers de la faillite, et, en cette qualité, elle n'a droit qu'à un dividende, sauf la ressource particulière de l'hypothèque légale.

La faillite du mari, disons-nous, ne porte donc aucune atteinte aux droits de propriété de la femme ; mais, comme cette catastrophe est souvent accompagnée d'actes frauduleux, et qu'on a tout à craindre de la part d'époux déloyaux qui peuvent, par certaines manœuvres, mettre à l'abri des créanciers les biens qui sont devenus leur gage, la loi commerciale, s'écartant du droit commun, a établi, à titre de présomption et jusqu'à preuve du contraire, que les immeubles acquis pendant le mariage sont la propriété du mari. De plus, la femme qui revendique ses immeubles ou ses meubles est soumise, en matière de preuve, à des règles spéciales qui rendent ses droits beaucoup plus difficiles à établir.

Ce sont ces règles que nous allons étudier ; toutefois le Code de commerce ayant admis, comme nous venons de le dire, en matière de faillite, certaines dérogations aux dispositions du droit commun, il nous paraît utile, pour compléter cette étude, de rappeler brièvement les principes du Code civil relatifs à la question qui nous occupe.

Tout d'abord, chacun des époux peut réclamer en nature ses propres, c'est-à-dire les biens qui n'ont pas cessé de faire partie de son patrimoine.

Sous le régime de communauté, les époux, d'après les règles du droit commun, ont, à la dissolution du ma-

riage, le droit de reprendre leurs propres, c'est-à-dire les biens qui ne sont pas tombés dans la communauté; ils n'ont qu'un droit de reprise à exercer à l'égard de ceux qui sont tombés dans la communauté, à charge de récompense. Il faut distinguer maintenant entre les immeubles et les meubles.

Parmi les immeubles, sont propres:

1° Les immeubles dont l'un des époux avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, à moins cependant que l'acquisition n'ait eu lieu dans la période de temps écoulée entre le contrat et le mariage;

2° Les immeubles échus à l'un des époux à titre de succession ou de donation;

3° Ceux qui ont été cédés par un ascendant soit à titre de dation en paiement, soit à la charge de payer les dettes du donateur;

4° L'immeuble acquis alors que l'un des époux en possédait déjà une part indivise;

5° L'immeuble acquis en échange ou en remploi d'un propre.

Quant aux propres mobiliers, on les divise en propres parfaits et propres imparfaits. Les propres parfaits restent la propriété de l'époux, pour être repris en nature comme les immeubles que nous venons de citer. Les propres imparfaits sont ceux qui tombent dans la communauté, à charge de récompense; ils font naître pour l'époux qui les a apportés un simple droit de créance.

Sous le régime d'exclusion de communauté, les époux ne peuvent exercer leurs reprises qu'en nature, puisqu'ils demeurent toujours propriétaires de leurs biens. Une exception à ce principe est cependant contenue dans l'article 1532 du Code civil: « Si, dans le mobilier

apporté en dot par la femme ou qui lui échoit pendant le mariage, il y a des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, il en doit être joint un état estimatif au contrat de mariage, ou il en doit être fait inventaire lors de l'échéance, et le mari en doit rendre le prix d'après l'estimation. » En dehors de cela, la femme aura toujours, sous ce régime, une action en revendication pour exercer ses reprises.

Sous le régime dotal, la femme aura, suivant les cas, contre le mari, ou un droit de créance pour la répétition de sa dot, ou bien une action en revendication.

Quant à la femme séparée de biens, elle peut toujours exercer ses reprises en nature, puisqu'elle conserve la propriété de tous ses biens.

Quels sont donc maintenant les moyens légaux par lesquels, dans le droit commun, la femme peut prouver la consistance de ses propres? Voyons tout d'abord ce qui se passe sous le régime de communauté. D'après l'article 1402, tout immeuble est réputé acquêt de communauté s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. La présomption est donc que la femme n'est pas propriétaire, mais cette présomption peut être détruite par la preuve contraire ; et comme la loi ne contient aucune exigence spéciale à cette preuve, elle pourra résulter du témoignage et même de simples présomptions. Tous les moyens sont bons; le titre d'acquisition peut être produit, et même le témoignage oral, lorsqu'il s'agit d'établir la propriété ou la possession antérieure au mariage, serait parfaitement admis. Rien n'est donc plus facile que d'établir la consistance des biens dont on veut exercer la reprise.

La difficulté est un peu plus grande lorsqu'un propre, par exemple, a été échangé contre un autre. On doit, dans ce cas, apporter double preuve : tout d'abord prouver la qualité de propre de l'immeuble échangé, puis ensuite établir la subrogation de l'immeuble acquis en échange, avec le titre dressé pour constater le contrat. Lorsqu'il s'agit du remploi, c'est-à-dire de l'acquisition d'un propre faite avec l'argent provenant de l'aliénation d'un autre propre, il faut, aux termes de l'article 1435 du Code civil, cette double déclaration : 1° que l'immeuble est acquis avec les deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme ; 2° que ce nouvel immeuble est acheté pour lui tenir lieu de remploi.

Quant aux propres mobiliers, il faut distinguer entre le mobilier que la femme a apporté au moment du mariage et celui qui lui est échu pendant le mariage. Le premier est réputé acquêt de communauté si son individualité n'a pas été constatée par inventaire ou état en bonne forme. Le mobilier échu à la femme pendant le mariage doit être constaté par inventaire ; si sa consistance n'a pas été ainsi établie, la femme ou les héritiers sont admis à en faire la preuve soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée. C'est en quelque sorte une façon de punir de sa négligence le mari, qui aurait dû faire dresser un inventaire des effets mobiliers échus à sa femme.

Aucune présomption à combattre sous le régime d'exclusion de communauté. La femme peut, après la dissolution de l'association conjugale, reprendre les immeubles acquis pendant le mariage, si le contrat porte qu'ils ont été acquis par elle. Pour les meubles qu'elle prétend avoir apportés en dot, la femme est admise, à

défaut d'inventaire, à faire preuve, soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée, de la valeur de ces meubles. La marche à suivre en matière de preuve est la même lorsque la femme a été mariée sous le régime de la séparation de biens.

La femme mariée sous le régime dotal et qui veut exercer la reprise de sa dot n'est en général admise à en réclamer la restitution qu'à la condition de prouver que le mari l'a reçue. Cette preuve résultera le plus souvent de la quittance contenue dans le contrat de mariage, ou même dans un acte authentique ou sous seing privé postérieur à ce contrat. Elle pourra encore avoir lieu par témoins s'il y a un commencement de preuve par écrit ou si la dot était d'une valeur inférieure à 150 francs.

En résumé, nous voyons donc que, dans le droit commun, la femme qui veut exercer ses reprises n'est jamais obligée d'invoquer comme moyens de preuve des actes authentiques, et que, bien souvent même, un acte sous seing privé n'est pas nécessaire.

Il en est autrement en matière de faillite, et, pour détruire les présomptions de fraude dont la loi a armé les créanciers, cette même loi oblige la femme à fournir, à l'appui de ses demandes, des preuves d'une nature toute spéciale.

REPRISE A TITRE DE PROPRIÉTAIRE. — REVENDICATION DES IMMEUBLES.

Immeubles possédés par la femme avant le mariage ou provenant de successions ou de donations.

La femme qui revendique des immeubles qu'elle possédait antérieurement au mariage ou qui, depuis, lui

sont advenus à titre de donation ou de succession, invoque en sa faveur les dispositions du droit commun que nous trouvons reproduites dans l'article 557. « En cas de faillite du mari, la femme dont les apports en immeubles ne se trouveraient pas mis en communauté reprendra en nature lesdits immeubles et ceux qui lui seront survenus par successions ou par donations entre vifs ou testamentaires. » Le droit commun n'a subi là, on le voit, aucune modification. Il est si facile, en effet, de se reporter à l'origine de ces biens et de vérifier par conséquent l'authenticité des droits de la femme, que la fraude n'est point à redouter ; on ne devra donc refuser aucun moyen de preuve à la femme qui réclame ses propres, car cette qualité de propres est une condition essentielle en l'absence de laquelle la femme ne saurait faire valoir ses droits. Les immeubles ne doivent donc être jamais entrés en communauté, et la femme serait mal fondée à venir les réclamer si, par exemple, il y avait eu ameublissement, ou du moins ameublissement déterminé sous le régime de la communauté, ou, sous le régime de séparation de biens et le régime dotal, estimation d'un immeuble avec déclaration que cette estimation vaute vente. La reprise alors, aux termes de notre article, ne peut plus s'opérer en nature; il ne reste plus à la femme qu'un simple droit de créance auquel l'article 1509 est complètement étranger. Les immeubles ameublis tombés dans la communauté forment le gage des créanciers de la faillite, car les biens de la communauté répondent des dettes du mari comme ses biens personnels; et même lors, du partage de la communauté, la femme du failli n'aurait pas le droit de retenir l'immeuble ameubli par elle en le pré-

comptant pour sa part sur l'immeuble qu'il vaut alors.

La femme du failli séparée de biens ne peut pas davantage reprendre les immeubles qu'elle a ameublis, même si elle a stipulé la reprise de son apport franc et quitte en cas de renonciation à la communauté.

Pourrait-on néanmoins permettre à la femme d'exercer cette reprise si elle avait stipulé dans son contrat de mariage qu'elle pourrait le faire même dans le cas où elle serait personnellement obligée envers les créanciers de la communauté, et aussi dans le cas où elle aurait été condamnée par un jugement rendu à leur profit? Nous répondrons plus tard à cette question.

Les immeubles possédés par la femme au jour du mariage pourront être repris par elle, alors même que, le prix d'acquisition n'ayant pas été payé avant le mariage, la communauté ou le mari ont fourni les sommes nécessaires au paiement. Cette solution nous paraît justifiée par le silence de l'article 557 qui laisse le champ libre à l'application du droit commun.

Dans ce cas, les créanciers de la faillite auraient-ils le droit de retenir jusqu'à complet désintéressement les immeubles que la femme aurait payés avec les deniers de la communauté? Nous le pensons, en faisant observer toutefois que la solution de cette question dépend de l'opinion qu'on adopte sur l'étendue du droit de rétention. Admettant donc le système qui exige : 1° un *debitum cum re junctum*, 2° un contrat ou un quasi-contrat, nous trouvons dans notre espèce tous les éléments nécessaires pour pouvoir accorder ce droit. Il y a, en effet, un *debitum cum re junctum* et de plus un quasi-contrat, sinon même un contrat. Le mari, en payant pour sa femme, a été son véritable mandataire; car c'est évi-

demment dans l'intérêt de son conjoint, et avec son consentement au moins tacite, qu'il a fait l'opération. Le mari se trouve absolument dans la même situation qu'un tiers qui aurait prêté la somme nécessaire à l'acquisition de l'immeuble; ce qui lui manque souvent, il est vrai, c'est un acte authentique en vertu duquel il pourrait bénéficier du privilège de l'article 2103; mais il pourra invoquer en sa faveur la présomption de l'article 559 du Code de commerce, qui suffit, à notre avis, pour faire obtenir au mari un droit de rétention qu'en vertu de l'article 1166 les créanciers pourront opposer à la femme. La marche à suivre serait la même dans l'hypothèse où un immeuble vendu avec clause de réméré par la femme avant le mariage aurait été racheté ensuite par le mari avec ses deniers propres ou ceux de la communauté. Dans ce cas encore, la femme pourra reprendre son immeuble en remboursant à la masse la somme fournie par le mari ou par la communauté pour l'exercice du réméré.

Il peut encore être question de rétention lorsque la femme est mariée sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal, mais cependant les créanciers n'auraient aucun droit de rétention sur un immeuble que la femme se serait constitué en dot.

Qu'arriverait-il maintenant dans le cas où le mari aurait fait des dépenses nécessaires ou utiles sur les immeubles revendiqués? La femme devra, dans ce cas, lui rembourser les premières intégralement, et les secondes jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont fait obtenir à l'immeuble. Mais, à l'égard, de ce remboursement, pourra-t-on encore faire valoir un droit de rétention? Nous l'admettons; mais lorsqu'il s'agit d'im-

meubles dotaux, la clause d'inaliénabilité semblerait, à la rigueur, devoir s'opposer à l'exercice de ce droit. Néanmoins Aubry et Rau, proposant une distinction entre les impenses nécessaires et les impenses utiles, accorderaient pour les premières le droit de rétention, eu égard aux dispositions de l'article 1558 qui, dans cette hypothèse, permet l'aliénation.

Outre les immeubles que la femme a apportés lors du mariage, et dont elle peut exercer la reprise en vertu de l'article 558, nous avons à considérer les biens acquis par donation, et, à ce propos, nous avons une remarque à faire sur l'article 557. La loi ne fait aucune distinction entre les immeubles donnés par un parent de la femme ou ceux donnés par un étranger. Nous admettons la reprise dans tous les cas. Déjà le législateur de 1807, malgré ses préventions et ses sévérités à l'égard des femmes, avait rejeté la distinction qui se trouvait dans le projet entre les donations faites par un parent et celles faites par un étranger. On avait craint que, dans le premier cas, il n'y eût une donation déguisée en faveur du mari ; mais quel que fût le donateur, le mal pouvait être le même et le remède insuffisant. On renonça donc à frapper la femme du failli de cette incapacité de recevoir à l'égard de certaines personnes. Si, cependant, le donateur était le mari, il faudrait tenir compte de l'article 564 qui prononce, dans certains cas déterminés, la nullité des avantages matrimoniaux.

La femme peut encore revendiquer les immeubles qui lui seraient échus par succession. Reste à savoir si l'on entend désigner par ces mots les immeubles qui lui ont été attribués par le partage, ou bien ceux qui représentaient sa part immobilière dans la succession.

La solution de cette question intéresse vivement les créanciers du failli. L'article 883 du Code civil nous dit : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

MM. Aubry et Rau prétendent que cet article n'a pour but que de régler les rapports entre copartageants. En admettant cette théorie, il faudra imposer à la femme une récompense à la communauté pour l'excédent de la valeur des immeubles qui ont formé sa part effective sur celle des immeubles qu'elle aurait reçus si le partage se fût effectué en nature. Nous n'adoptons pas cette manière de voir. En conséquence, le partage seul déterminera quels sont les immeubles qui seront propres à la femme; il n'y aura aucune récompense de part et d'autre. Il en sera de même, d'ailleurs, lorsque la femme aura une part dans une société comprenant en même temps des meubles et des immeubles.

IMMEUBLES ACQUIS PENDANT LE MARIAGE.

Sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, nous dit l'article 559, hors le cas prévu par l'article précédent, la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, ont été payés de ses derniers et doivent être remis à la masse de son actif, sauf à la femme à fournir la preuve du contraire. Il était peu équitable, en effet, que les biens achetés avec l'argent du mari, ou plutôt avec

celui des créanciers, fussent soustraits à l'actif de la faillite au moyen d'un titre apparent de propriété de la femme. La présomption soutenue dans l'article 559 met donc obstacle à cette fraude, dont les conséquences étaient si funestes aux créanciers. Nous ne pensons pas que ces dispositions aient été inspirées par la présomption Quintus Mucius du droit romain : « *Quintus Mucius ait, quum in controversiam venit....* » (L 51, Dig., *De donat. inter vir. et ux.*). La présomption mucienne renfermait un soupçon injurieux qui n'apparaît point dans les termes de notre article : « *Evitandi autem turpis qœstus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.* » Si notre présomption contient une idée défavorable, c'est surtout à l'égard du mari chez qui la loi paraît supposer la fraude, plutôt qu'à l'égard de la femme dont elle craint la faiblesse. Les motifs de ces deux lois, d'ailleurs, sont différentsc omme leurs résultats : la loi romaine maintenait la propriété de la femme en autorisant le mari à exiger une somme égale au montant de l'acquisition ; notre loi ramène à la masse les biens qu'on voulait lui soustraire.

L'article 559 est donc destiné à protéger sérieusement les droits des tiers. Rien d'ailleurs de plus injuste que de forcer les créanciers à prouver que les deniers ayant servi à l'acquisition de l'immeuble ont été fournis par le failli ; cette preuve eût été sinon impossible, du moins bien difficile à établir. Tout en garantissant d'ailleurs les intérêts des créanciers, la loi protège suffisamment la femme en lui permettant d'aller contre la présomption de l'article 559 au moyen de preuves contraires. Et ces preuves, il lui est d'autant plus simple et d'autant plus naturel de se les procurer, qu'en sa qualité

de femme de commerçant elle doit toujours compter avec la faillite et s'aranger de façon à ne pas se trouver prise au dépourvu le jour de la catastrophe. Mais de quelle façon devra-t-elle faire la preuve de sa propriété? On prétend avec raison que l'article 559, n'indiquant aucune forme déterminée, a permis à la femme tous les modes de preuve du droit commun; quant à l'article 558, il en exige une toute spéciale pour les meubles acquis avec des deniers provenant de donations ou de successions.

« Elles reprendront pareillement les immeubles acquis par elles et en leur nom des deniers provenant desdites donations et successions, pourvu que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée au contrat d'acquisition et que l'origine des deniers soit constatée par inventaire ou par tout acte authentique. » C'est ainsi que l'article 546 de la loi de 1807 règle la preuve qui devra être fournie par la femme. L'articlcle 558 de la nouvelle loi a reproduit entièrement ces dispositions de l'ancien Code. Il n'est pas absolument nécessaire que la femme figure elle-même au contrat d'acquisition; elle peut revendiquer l'immeuble acheté en son nom par un mandataire quel qu'il soit, et ce mandataire, au besoin, peut être son mari.

Mais si l'immeuble a été acquis par le mari en son nom avec la déclaration d'emploi et d'origine des deniers, la femme pourra-t-elle encore le revendiquer? Cela ne fait aucun doute, mais à condition que la femme ait accepté l'emploi conformément à l'article 1435 du Code civil : « La déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de remploi, ne suffit point si

ce remploi n'a été formellement accepté par la femme. » Le mari peut donc être considérée comme le mandataire légal de sa femme ; seulement les créanciers conserveront le droit de prouver qu'il y a eu un concert frauduleux entre les époux, si, par exemple, l'acceptation de l'emploi n'a pas été faite par la femme à une époque assez éloignée de la faillite : on pourrait, dans ce cas, suspecter sa loyauté. La femme aurait pu, en effet, n'accepter l'emploi que longtemps après l'acquisition et peu de temps avant la faillite, dans le but d'enlever aux créanciers l'immeuble qui aurait augmenté de valeur. La loi a même décidé que l'acceptation pourrait être déclarée nulle si elle avait été faite dans les dix jours précédant la cessation de paiements.

Si, pour servir de remploi, le mari avait cédé à sa femme l'un de ses immeubles, il y aurait là une dation en paiement tombant sous le coup de l'article 446 qui déclare nuls tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce.

Il faut encore que la femme, pour revendiquer ses immeubles, ait fait constater par un inventaire ou par tout autre acte authentique l'origine des deniers qui ont servi à l'acquisition desdits immeubles. Si donc la femme n'avait, pour justifier ses prétentions, que des titres sous seing privé, elle ne pourrait revendiquer son immeuble et n'aurait à son actif qu'une créance garantie par son hypothèque légale.

Cette exigence de la loi est une dérogation au droit commun qui n'exige aucun mode spécial de preuve pour justifier de l'origine des deniers. Si ces deniers proviennent d'une donation, la preuve à faire est assez facile, car ils se trouveront énumérés dans l'acte de

donation; mais bien plus grande sera la difficulté lorsque lesdits deniers auront été transmis, par exemple, par succession et sans inventaire.

Et nous ne pensons pas que l'on puisse se soustraire à cette disposition formelle de la loi. On a bien jugé, il est vrai, que la mention insérée dans l'acte authentique d'acquisition d'un immeuble, qu'il a été acheté au moyen d'une partie des deniers dotaux, peut établir d'une manière légale l'origine dotale des deniers qui ont servi à l'acquisition, et donne droit à la femme de reprendre l'immeuble, alors d'ailleurs que la consistance de la dot et le fait de son versement entre les mains du mari résultent de ce que la femme a été admise au passif de la faillite de celui-ci sans contestation de la part des créanciers de la faillite. Ainsi donc on admet que la mention faite dans l'acte authentique d'acquisition d'un immeuble, que cette acquisition a été faite des deniers dotaux, satisfait au vœu de la loi exigeant que l'origine des deniers soit constatée par inventaire ou par tout autre acte authentique. Faut-il maintenant nous poser cette décision comme un principe, et donner par conséquent à l'article 558 une aussi large interprétation? Nous ne le croyons pas; d'ailleurs il s'agit là d'une hypothèse particulière; dans l'espèce, l'apport dotal paraissait être un fait avéré et reconnu par les créanciers de la faillite, qui avaient admis la femme au passif pour le surplus de la dot dont l'exécution seulement partielle de la clause de remploi la laissait à découvert. Il est donc permis de supposer que les faits de la cause, et surtout l'aveu des syndics qui ne niaient pas la propriété de la femme, n'ont pas été sans influence sur cette décision de la Cour.

Il est d'autres immeubles dont le Code de commerce ne s'occupe pas; les articles 557 et 558 n'ont pas prévu le cas où la femme voudrait revendiquer un immeuble acquis pendant le mariage en échange ou en remploi d'un bien propre. De ce silence du Code faut-il conclure que la femme est privée, en ce qui concerne ces immeubles, du droit de revendication, ou faut-il admettre que nos articles se sont référés, sur ce sujet, aux principes du droit civil sur le contrat de mariage? L'immeuble acquis par échange ou par remploi a-t-il forcément, au point de vue des créanciers, les mêmes qualités juridiques que le bien dont il a pris la place? Avant de commenter les différentes controverses qui se sont élevées à ce sujet, nous ne croyons pas inutile de rappeler à la suite de quelles circonstances la femme peut, sous l'empire du droit commun, acquérir des biens qui, sans provenir des causes énumérées dans l'article 558, n'en sont pas moins pour cela des propres.

Supposons tout d'abord les époux mariés sous le régime de la communauté : la femme n'aura guère, dans ce cas, de propres mobiliers, excepté toutefois les meubles acquis en remploi ou en échange de propres et tous les produits extraordinaires qui auraient été perçus sur un propre de l'époux; on peut citer, par exemple, les coupes de bois dans une futaie qui n'a point été amenagée pour des coupes réglées, les pierres, le marbre qu'on a pu extraire d'une carrière non ouverte au moment du mariage. De plus, les conventions intervenues au contrat ont pu permettre à la femme d'acquérir davantage pour elle ; on a pu exclure de la communauté tout ou partie de son mobilier ; on a pu, dans une donation, mettre cette clause que les revenus

demeureraient propres à la femme. Néanmoins tout cela est peu. La communauté réduite aux acquêts, lui conservant comme propre le mobilier qu'elle possédait au moment du mariage, ne lui fournit cependant pas encore le moyen d'augmenter de beaucoup ses propres ressources. Tous autres gains et économies que la femme peut faire sont à la communauté.

Lors, au contraire, que le régime de la séparation de biens régit les époux, la situation de la femme est bien plus avantageuse au point de vue pécuniaire. Si la femme a des propres, elle conserve tous les revenus qu'elle en tire. Il en est de même des revenus de ses biens paraphernaux lorsque la femme est mariée sous le régime dotal. Et encore : la femme peut avoir une industrie dont les produits ne deviennent jamais, en dehors du régime de communauté, la propriété du mari. C'est ainsi qu'au cours du mariage la femme pourra, dans un assez grand nombre de cas, devenir propriétaire de biens qui serviront ensuite à l'acquisition d'immeubles.

Sous l'empire du droit commun, ces immeubles sont de plein droit considérés comme appartenant à la femme. La loi ne lui impose aucun mode de preuve spécial pour combattre l'article 1402 : « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. » Certains auteurs cependant, et notamment Troplong, ont soutenu le contraire, en prétendant qu'on ne devait voir dans cet article que la présomption mucienne, dont nous avons déjà parlé, qui suppose le paiement fait avec les deniers

du mari en cas d'acquisition d'un immeuble faite par la femme. Cette théorie nous paraît inadmissible. « Il n'y a de présomptions légales, aux termes de l'article 1350, dit Marcadé, que celles qui sont proclamées par une loi spéciale ; et comme celle dont il s'agit n'est nulle part exprimée dans le Code, elle se trouve dès lors enveloppée dans l'abrogation générale des anciennes lois romaines par la loi du 31 mars 1804. »

Au point de vue de la preuve, la situation de la femme n'est plus la même après la faillite de son mari. A ce moment s'élève contre elle la présomption légale contenue dans l'article 559, que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, ont été payés de ses deniers, sauf à la femme à faire la preuve du contraire ; et alors vient se poser la question : Comment faire cette preuve ? Faut-il admettre, comme le prétendent certains auteurs, qu'il existe une corrélation parfaite entre l'article 558 et 559 et qu'il faut les compléter l'un par les autres? « Décider le contraire, écrit M. Bedarride, serait annuler cette disposition. Pourquoi la femme déclarerait-elle l'emploi, si, dans ce cas, l'origine des deniers devait être prouvée d'une manière authentique, tandis qu'en achetant purement et simplement en son nom, elle pourrait prouver cette origine à l'aide de simples présomptions ? Ce serait, de plus, convaincre le législateur d'une inconséquence flagrante. Il se serait, en effet, relâché de ses précautions au moment précisément, où la fraude devient plus probable, parce qu'elle est plus facile ; ce qui est inadmissible. »

Nous ne croyons pas cependant devoir nous ranger à cette opinion qui vient apporter à l'article 558 une disposition rigoureuse, contraire tout au moins à la lettre du

Code. Les deux situations sont d'ailleurs assez différentes pour qu'on puisse admettre qu'elles n'aient pas été régies de la même façon. Dans le premier cas, la femme peut assez facilement justifier, selon la loi, de sa propriété ; elle a toujours ou presque toujours, à l'appui de ses prétentions, soit un inventaire, soit un autre acte authentique constatant que les deniers proviennent d'une succession ou d'une donation. Elle serait en faute, vis-à-vis des créanciers de son mari, de n'avoir pu se procurer ces titres, et on comprend alors que, faute de ces preuves, la loi repousse ses demandes en revendication. Mais comment prouver l'origine de deniers provenant de ses revenus ou de bénéfices réalisés grâce à une industrie quelconque ? Comment, en effet, constater par actes authentiques l'accumulation que la femme a pu faire lentement et successivement sur les revenus de biens qui lui sont propres et ne sont pas entrés en communauté ? La loi s'en est rapportée à la sagesse des tribunaux, qui se montreront sévères toutes les fois qu'ils reconnaîtront la fraude ; nous ne pouvons même admettre, dans le silence de la loi, que la preuve testimoniale doive être repoussée d'une manière absolue.

Cette théorie nous paraît plus en rapport avec l'esprit de la loi, et nous pensons que l'on peut sans inconvénient suivre ici les règles du droit commun en matière de preuves, tout en exigeant un acte authentique chaque fois qu'il aura été possible à la femme de s'en procurer un.

Les tribunaux auront donc, en conséquence, à apprécier les moyens qu'invoque la femme ; c'est à eux à tenir la balance égale entre les droits des créanciers et ceux de la femme. Il serait injuste de dépouiller les

premiers du gage qui leur appartient, mais il ne le serait pas moins d'aggraver la position de la femme et de lui ravir ses propres biens pour les abandonner aux créanciers de son mari. « L'action en reprise, nous dit l'article 561, résultant des dispositions des articles 557 et 558, ne sera exercée par la femme qu'à la charge des dettes et hypothèques dont les biens sont légalement grevés, soit que la femme s'y soit obligée volontairement, soit qu'elle y ait été condamné ». Cet article suppose que la femme agissant non dans son intérêt personnel, mais pour son mari, s'est portée caution des engagements contractés par lui en affectant hypothécairement ses immeubles à la garantie de ces engagements ; ou bien que, s'étant obligée solidairement avec son mari, le tribunal l'a condamnée avec lui au paiement de cette dette, et que le créancier au bénéfice duquel cette condamnation a eu lieu a pris sur les biens propres de la femme une hypothèque judiciaire. La femme ne peut donc exercer la reprise de ses immeubles qu'en respectant les droits acquis aux créanciers hypothécaires.

On a ajouté, en 1838, le mot *légalement* à la disposition de cet article pour faire cesser une discussion assez vive qui s'était produite sous l'empire du Code de 1807. On s'était demandé si la disposition de l'article 548, que reproduit le nôtre, dérogeait au principe de l'inaliénabilité du fonds dotal, et si la dérogation qu'il contenait devait être étendue même aux dettes et hypothèques dont le fonds dotal aurait pu être grevé pendant le mariage. Cette opinion n'était guère soutenable ; mais néanmoins ce fut pour mettre fin à tout prétexte de controverse que le législateur de 1838 a ajouté ce mot *légalement*. L'article 561 ne s'applique d'ailleurs qu'aux créanciers

ayant un droit réel sur l'immeuble, et non à la masse. La femme, après avoir été obligée de payer sur ses propres biens, aura un recours contre la faillite, et sa créance sera protégée par l'hypothèque légale que lui accorde l'article 563 pour l'indemité des dettes qu'elle aurait contractées avec son mari. Maintenant, si ces dettes ont été contractées dans son intérêt personnel, la femme n'aura aucun recours pour en réclamer le montant à la faillite de son mari, et sa prétention à cet égard pourra être combattue par les créanciers du failli, qui, dans ce cas, ont le droit de prouver, par tous les moyens possibles, que l'obligation de la femme était uniquement dans son intérêt.

REVENDICATION DES MEUBLES.

« La femme pourra reprendre en nature les effets mobiliers qu'elle s'est constitués par contrat de mariage ou qui lui sont advenus par succession, donation entre vifs ou testamentaire, et qui ne seront pas entrés en communauté, toutes les fois que l'identité en sera prouvée par inventaire ou tout autre acte authentique. — A défaut par la femme de faire cette preuve, tous les effets mobiliers, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime qu'ait été contracté le mariage, seront acquis aux créanciers, sauf aux syndics à lui remettre, avec l'autorisation du juge commissaire, les habits et linges nécessaires à son usage. »

Cet article de la loi nouvelle apporte des modifications importantes au Code de 1807, modifications qui d'ailleurs sont toutes favorables à la femme. En effet,

l'ancien article 554 du Code de commerce déclarait acquis à la masse de la faillite « tous les meubles meublants, effets mobiliers, diamants, tableaux, vaisselle d'or ou d'argent, et autres objets tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme ». Toutefois, ajoutait-il, la femme pourra reprendre « les bijoux, diamants et vaisselle qu'elle pourra justifier, par état légalement dressé, annexé aux actes, ou par bons et loyaux inventaires, lui avoir été donnés par contrat de mariage, ou lui être advenus par succession seulement. » Nombre de controverses s'étaient élevées à propos de cet article. Une première difficulté que soulevait ce texte était de savoir si les expressions *bijoux*, *diamants*, *vaisselle* employées dans le deuxième alinéa devaient être entendues dans un sens limitatif, ou si, au contraire, il fallait étendre, par identité de raison, l'action en reprise de la femme aux autres effets mobiliers dont il était parlé dans la première partie de cet article, tels que *tableaux*. MM. Locré et Pardessus avaient admis qu'on devait autoriser la reprise des effets dont parlait le premier alinéa de l'article 554; c'était la seule interprétation qui pût concilier cet article avec l'article 551 qui donnait hypothèque à la femme pour les deniers ou effets mobiliers qu'elle justifiait avoir apportés en dot. La Cour de Rouen avait jugé que si, dans son contrat, une femme avait enuméré divers objets mobiliers qu'elle se réservait de reprendre en cas de séparation, elle pouvait se les faire délivrer lors de la faillite de son mari, sans que les créanciers pussent prétendre qu'elle n'avait droit qu'aux bijoux, diamants et vaisselle. La Cour de Bruxelles, en 1840, n'a pas admis ce système et a décidé au contraire que l'article 554 § 2 devait être entendu dans un sens restrictif.

Une seconde controverse s'était élevée à propos des mots *par contrat de mariage ou par succession seulement*: fallait-il conclure que la revendication était impossible si la propriété provenait de toute autre source et que la femme ne pouvait pas reprendre les objets qui lui auraient été donnés par des tiers postérieurement au contrat de mariage? Certains auteurs, et entre autres M. Pardessus, n'admettaient pas la reprise des objets donnés. « Ce titre est souvent suspect, disait M. Pardessus, par la possibilité que le mari donnât manuellement à un tiers qui aurait ensuite fait donation à la femme. » Mais, en interprétant ainsi le deuxième alinéa de l'article 554, on se trouvait en contradiction formelle avec l'article 546 qui autorisait la reprise des immeubles acquis par la femme des deniers lui provenant de successions ou donations.

Lorsqu'il s'agit, en 1838, de la réforme du Code de commerce, on modifia profondément l'article 554 et on proposa de le remplacer par une disposition permettant à la femme de reprendre en nature tous les objets mobiliers qui lui seraient demeurés propres, à condition que l'origine et l'identité en fussent suffisammeut établies. La discussion de cet article souleva devant la Chambre des députés de nombreuses difficultés ; plusieurs orateurs, au nombre desquels MM. Tripier, Goupil de Prefeln, Quesnault, commissaire du roi, MM. Barthe et Persil firent une vive opposition. Ils soutinrent que tous les meubles apportés par la femme, même ceux qu'elle avait expressément réalisés, devenaient la propriété de la communauté, et qu'accorder ainsi sur eux un droit de revendication, c'était aller contre les dispositions du Code civil qui n'admet pas de

propres mobiliers parfaits, et d'après lequel la clause de réalisation ne donne à la femme contre la communauté qu'un simple droit de créance.

De nombreux auteurs, en effet, soutenaient que la clause de réalisation ne pouvait donner rien de plus qu'un droit de créance. « L'effet de la clause de réalisation est, dit Pothier, que les biens mobiliers des conjoints qui sont réalisés par cette clause sont réputés immeubles et propres conventionnels, à l'effet d'être exclus de la communauté et d'être conservés au conjoint seul qui les a réalisés. Il y a néanmoins une grande différence entre les véritables immeubles qui sont propres réels de communauté et ces propres conventionnels. La communauté a seulement la jouissance des immeubles réels qui sont propres de communauté ; mais ils ne se confondent pas avec les biens de la communauté ; le conjoint à qui ils appartiennent continue, durant le mariage, d'en être seul propriétaire, comme il l'était avant le mariage ; et, en conséquence, le mari ne peut aliéner les propres réels de communauté de la femme sans son consentement ; au contraire, les biens mobiliers réalisés ou propres conventionnels se confondent, dans la communauté, avec les autres biens mobiliers de la communauté, qui est seulement chargée d'en restituer, après sa dissolution, la valeur à celui des conjoints qui les a réalisés. » Pothier, du reste, n'a pas été le seul à admettre ces théories ; d'autres, plus tard, se firent les partisans de ce système, en basant leur opinion sur l'article 1503 du Code civil qui décide que chaque époux, à la dissolution de la communauté, a le droit de reprendre la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté.

Les partisans du système contraire s'appuyaient particulièrement sur l'article 1401 du Code civil, d'après lequel le mobilier qui échoit pendant le mariage à l'un des époux à titre de succession, ou même de donation, est exclu de la communauté, si telle est la volonte du donateur. On ne pouvait donc, sans violer le texte de l'article, empêcher l'époux donataire de reprendre ses effets en nature.

Dans tous les cas, les auteurs même qui ne reconnaissaient pas l'existence de propres mobiliers parfaits admettaient, pour la plupart, et Pothier en tête, une restriction en faveur de certains meubles d'une nature particulière, tels que les portraits de famille, les manuscrits, les bijoux et autres objets essentiellement personnels.

Quoi qu'il en soit, l'article 560 fut voté, grâce à M. Dufaure.

Ainsi donc la femme pourra reprendre en nature tous les meubles qui ne sont point entrés en communauté. Il faudra cependant distinguer les biens fongibles de ceux qui ne le sont pas, les biens livrés sur estimation de ceux qui l'ont été purement et simplement. Pour ces derniers, comme pour les biens fongibles, la femme n'est que créancière et non propriétaire.

Envisageons maintenant au point de vue commercial l'article 560. Cet article, supposant que la femme a des propres mobiliers pour la reprise desquels elle aurait eu une action en revendication sous l'empire du Code civil, laisse entière la question de savoir quels meubles demeurent propres. En cette matière on appliquera donc les règles du droit commun. Mais, pour exercer sa revendication, la femme ne doit pas prouver seulement

son apport, elle doit encore prouver l'identité des meubles apportés avec ceux qu'elle réclame, et c'est là la différence qui existe entre la loi commerciale et le Code civil. Ne pouvant fournir cette preuve, elle cesse d'être propriétaire ; elle n'a plus qu'un droit de créance. Le droit commun admet en cette matière toute espèce de preuves ; la loi de 1838 veut un titre authentique. « D'après le Code civil, disait M. Dufaure, la preuve était très facile. Nous avons voulu qu'en droit commercial la preuve fût beaucoup plus difficile ; et, tandis que, d'après le droit civil, la femme pouvait prouver par témoins, et même par commune renommée, l'identité des objets qu'elle réclamait, nous avons voulu, à cause de la sécurité due au commerce, qu'elle ne pût prouver sa propriété que par actes authentiques ou par des inventaires réguliers ; mais nous n'avons pu vouloir que, lorsqu'il était démontré que la femme était propriétaire, il fût permis aux créanciers de réclamer des meubles qui n'appartenaient pas à leur débiteur, qui n'étaient pas leur gage. Respect, avant tout, au droit de propriété, voilà ce que nous réclamons. »

La femme ne peut donc prouver cette identité qu'au moyen d'un inventaire ou de tout autre acte authentique ; mais quels seront ces actes authentiques ? Dans une donation entre vifs, ce sera, par exemple, l'état estimatif annexé à l'acte de donation ; ce sera, lorsqu'il s'agit de succession, l'inventaire dressé après la mort du testateur. Le jugement qui ordonne la délivrance d'un legs mobilier à titre particulier pourra encore servir de preuve à l'égard des objets compris dans ce legs ; enfin un acte de partage, un jugement d'homologation de liquidation sont des preuves suffisantes,

pourvu qu'ils contiennent une énumération détaillée des objets que l'on revendique.

Quant au contrat de mariage, que l'on doit placer parmi ces différents titres, et même en première ligne, il est peut-être une preuve moins facilement concluante à l'égard des objets mobiliers apportés lors du contrat. Cet acte peut contenir de fausses déclarations, par exemple ; que le futur époux a reçu les meubles qui lui ont été constitués. De semblables clauses couvrent souvent une dot simulée ou exagérée à dessein, et c'est d'ordinaire le moyen qu'on emploie quand l'un des époux veut faire à l'autre un avantage indirect. Néanmoins, tant que la simulation n'aura pas été prouvée, il devra être ajouté foi au contrat, même en cas de faillite, car il n'est pas d'autres moyens de justifier de l'apport réel d'une somme d'argent dont l'origine ne se trouverait point établie par un acte authentique. D'ailleurs les créanciers n'auront guère à se plaindre de cette fraude, car la publication du contrat de mariage des époux commerçants est exigée par le Code de commerce ; par conséquent, les créanciers, qui pouvaient en prendre facilement connaissance, ont dû savoir à quoi s'en tenir sur l'importance des reprises mobilières que la femme avait à exercer dans la faillite du mari.

Dans tous les cas, un état estimatif est nécessaire ; les déclarations contenues dans le contrat prouvent bien le droit de propriété de la femme sur les objets mobiliers qu'elle s'est constitués, mais cela ne suffit pas : il lui faut encore, pour revendiquer ces effets au jour de la faillite, prouver leur identité. Il ne sera pas toujours possible à la femme de faire cette preuve ; et si elle échoue dans sa demande en revendication, tous les

objets mobiliers que possédait le mari au jour où il est tombé en faillite iront à la masse et formeront le gage de ses créanciers. Ici vient se placer une question importante : Peut-on accorder à la femme le droit de reprendre dans la masse de la faillite la valeur des objets dont on ne l'a pas reconnue propriétaire ? Nous ne le pensons pas. Il n'est guère possible d'admettre que la femme vienne affirmer une créance après l'avoir niée par la prétention d'un droit de propriété qu'elle n'a d'ailleurs pu justifier.

« La femme, nous dit l'article 560, pourra reprendre en nature les effets mobiliers qu'elle s'est constitués par contrat de mariage..... » Par ces mots notre article semble faire de la reprise en nature un droit tout facultatif pour la femme, et d'ailleurs nous pouvons voir la même idée dans ce passage du rapport de M. Tripier à la Chambre des pairs : « Mais cette faveur pourra souvent être plus nuisible qu'utile aux femmes ; après plusieurs années de mariage, les effets sont détériorés et ont perdu la majeure partie de leur valeur : la restitution en nature pourra leur être moins avantageuse que le dividende qu'elles obtiendraient par le concordat ou le contrat d'union. » Nous ne pensons pas toutefois que les termes de l'article 560 et ce passage du rapport de M. Tripier autorisent la femme à transformer son droit de propriété en un droit de créance lorsqu'elle y verra son avantage.

On stipule parfois, dans un contrat de mariage, que, lorsque le mari touchera des sommes dotales, il devra en faire emploi en rentes sur l'État. On se demande, à ce sujet, comment la femme pourra revendiquer les meubles incorporels acquis en emploi ou en remploi.

Faut-il, suivant la théorie de certains auteurs, exiger, comme pour les immeubles, la preuve par acte authentique de la provenance des deniers et la déclaration formelle d'emploi dans l'acte d'acquisition ? La jurisprudence admet, dans ce cas, que la femme peut prouver le remploi ou l'emploi des meubles incorporels suivant les règles du droit commun. En effet, on ne peut pas appliquer aux meubles incorporels les articles 558 et 560 qui exigent de la femme des règles spéciales de preuve quant aux meubles corporels et quant aux immeubles acquis en remploi. On doit donc s'en tenir, à leur égard, à l'article 559 qui n'assujetit la femme à aucun mode de preuve particulier : « Attendu que, nous dit un arrêt de la Cour de cassation (1er déc. 1879), l'article 558 du Code de commerce, qui permet à la femme du failli de reprendre les immeubles acquis par elle et en son nom des deniers qui lui sont provenus de donations ou successions, pourvu 1° que l'origine des deniers soit constatée par acte authentique, 2° que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée au contrat d'acquisition, ne s'applique qu'aux reprises immobilières de la femme du failli ; attendu qu'il suffit à la femme, pour justifier sa revendication d'une rente sur l'État, valeur mobilière, d'établir que cette rente revendiquée a été payée de deniers lui appartenant. » Un autre arrêt de Paris, 28 février 1880, nous donne la même solution : « Considéraut, en ce qui touche les meubles incorporels, que l'article 559 du Code de commerce, d'après lequel la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent au mari, admet la femme à fournir la preuve contraire et ne l'assujettit à aucun mode de preuve

particulier ; qu'elle peut donc recourir à toutes les preuves de droit commun. »

Nous avons dit que l'article 560 attribue aux créanciers tous les effets mobiliers, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime qu'ait été contracté le mariage ; dans un motif d'humanité, cependant, notre article admet au profit de la femme une légère restriction en permettant au syndic de lui remettre, avec l'autorisation du juge commissaire, les habits et linges nécessaires à son usage.

En résumé, quand la femme veut exercer dans la faillite la reprise en nature des effets mobiliers dont elle se prétend propriétaire, elle est tenue de faire la preuve de sa propriété au moyen d'actes authentiques. Les tribunaux, d'ailleurs, devront se montrer sévères, et, en cas de doute, on devra prononcer contre la femme. « S'il y a difficulté pour en reconnaître l'identité, disait M. Dufaure, au nom de la commission, dans la séance de la Chambre des députés du 23 février 1835, la femme seule en sera victime ; s'il y a doute quant à cette identité, elles (les reprises) ne lui seront pas accordées. »

REPRISES A TITRE DE CRÉANCIÈRE.

Ce n'est pas seulement en qualité de propriétaire que la femme agit contre la faillite de son mari : elle peut encore s'y présenter comme créancière.

La femme viendra donc, à titre de créancière, exercer ses reprises en argent, réclamer le prix de ses immeubles alienés pendant la communauté et dont il n'a

pas été fait remploi, et les indemnités qui lui sont dues par la communauté. A ce sujet se sont élevées de nombreuses et d'importantes controverses. La femme exerce-t-elle ses reprises en vertu d'un droit de propriété ou en vertu d'un droit de créance? Telle est la question, qui nous semble avoir été résolue dans le dernier sens, d'une façon définitive. Jusqu'en 1853 la jurisprudence avait invariablement décidé que la femme commune acceptante ou renonçante exerce ses reprises à titre de simple créancière chirographaire; mais à cette époque, et subissant sans doute l'influence de son premier président Troplong, la Cour de cassation permit à la femme d'exercer ses reprises à titre de propriétaire, sans cependant lui accorder le bénéfice de cette solution lorsqu'elle se présentait à la faillite de son mari; là on ne la considérait plus que comme créancière à l'égard des reprises qu'elle venait exercer. Revenant ensuite sur cette opinion, la Cour suprême, par l'arrêt du 18 juin 1858, trancha définitivement la question en ne permettant à la femme d'exercer ses reprises qu'à titre de créancière.

La femme devra, comme tout autre créancier, faire vérifier et affirmer ses créances pour avoir le droit de prendre part aux distributions de dividende ; pour se présenter, elle n'aura pas besoin de justifier de son droit par acte authentique; et si les créances présentées soulèvent des contestations, la femme pourra les prouver par titres, papiers domestiques, ou même par commune renommée. C'est ainsi que décide d'ailleurs un arrêt de la Cour de Lyon, 29 avril 1850 : Mais cette disposition législative, dit-il en rappelant que l'article 560 oblige la femme qui agit en revendication à produire

un acte authentique, exclusivement relative à l'existence et à l'exercice du droit de revendication, ne peut s'appliquer à la simple qualité de créancière, pour laquelle les femmes de commerçants ont été laissées sous l'empire des articles 1415 et 1504 du Code civil qui leur accordent, à défaut d'inventaire, le droit de prouver par témoins, titres, papiers domestiques, et au besoin par la commune renommée, la consistance et la valeur des successions mobilières à elles échues pendant le mariage.

Nous admettons que le droit commun régit encore la femme lorsqu'il s'agit de l'hypothèse prévue par l'article 1408 qui permet à la femme de conserver à charge de récompense ou d'abandonner à la communauté qui deviendra sa débitrice, pour la valeur de sa part indivise, l'immeuble dont elle possédait une partie indivise et dont le mari s'est rendu acquéreur en son nom personnel. Mais si la femme abandonne l'immeuble à la communauté, elle n'aura plus droit qu'à un simple dividende.

Quant à ce qui concerne la clause de reprise d'apport franc et quitte que la femme aurait stipulée pour le cas de renonciation, il est évident que, dans cette hypothèse, la femme perd ses droits lorsqu'elle renonce à la communauté. Elle n'a à cet égard aucun droit de préférence, à l'encontre des créanciers de la communauté; il n'y a là qu'une clause de règlement entre les époux qui ne peut être opposable aux tiers. Cependant, si à cette clause il a été ajouté : encore qu'elle s'y soit obligée ou qu'elle y ait été condamnée, on doit alors se demander si, même dans ses rapports avec les tiers, la femme ne peut bénéficier de cette convention. La raison de douter est que

l'on peut voir là une déclaration équivoque de dotalité; or la dotalité, à cause de l'inaliénabilité qu'elle entraîne, doit être expressément stipulée.

La question est donc celle-ci : l'inaliénabilité est-elle établie formellement à l'égard de tous? Nous n'en doutons pas. Tout d'abord les époux peuvent, par certaines dispositions empruntées au régime dotal, modifier le régime de communauté, et peuvent notamment créer une inaliénabilité partielle. Cette inaliénabilité est donc établie d'une manière bien visible par la clause dont nous venons de parler; d'ailleurs, la publicité du contrat de mariage préviendra les tiers, qui pourront du reste la contester au cas où la convention dont il s'agit ne leur paraîtrait pas établie d'une façon suffisamment expresse.

Non seulement sous tous régimes la femme pourra se trouver créancière de la communauté, mais encore elle pourra l'être de son mari; sous tous les régimes elle aura, dans certains cas, à lui réclamer des indemnités, et particulièrement sous le régime dotal elle pourra redemander les choses fongibles, les meubles estimés, les immeubles estimés avec cette clause que l'estimation vaut vente.

Jusque-là nous restons sous l'empire du droit commun, mais il en est différemment lorsqu'il s'agit de réclamations faites par la femme à l'occasion des dettes qu'elle a payées pour le compte de son mari; dans cette hypothèse, l'article 562 est formel : « Si la femme a payé des dettes pour son mari, la présomption légale est qu'elle l'a fait des deniers de celui-ci, et elle ne pourra, en conséquence, exercer aucune action dans la faillite, sauf la preuve contraire, comme il est dit à l'article 559. » Ainsi donc la déclaration de faillite du mari ne change

pas les droits de la femme quant au mode d'exercice de ses reprises en argent, elle ne peut que mettre la preuve de sa créance à sa charge en vertu de l'article 559; mais cette preuve n'est pas limitée, c'est la preuve de droit commun tant par titres et papiers domestiques que par témoins, et au besoin par la commune renommée. Si, par exemple, la femme, d'après l'article 1431, s'est obligée solidairement avec son mari, et si, celui-ci n'ayant pas exécuté son obligation, elle a été obligée de payer, elle aura droit à un remboursement dont la preuve sera mise à sa charge. Dans tous les cas, la femme qui se présentera à la faillite de son mari comme créancière sera payée de ses reprises en monnaie de faillite, c'est-à-dire en dividende, car on ne peut plus appliquer ici, comme en droit commun la disposition de l'article 1471 qui décide que les prélèvements de la femme, pour les biens qui n'existent plus en nature, s'exercent d'abord sur l'argent comptant, subsidiairement sur les meubles et ensuite sur les immeubles de la communauté.

En même temps que créancière, la femme peut être débitrice soit de la communauté, soit de son mari. Lorsque le mari et la femme sont l'un et l'autre débiteurs de la communauté, il n'y a pas compensation entre leurs obligations, mais il importe de se demander si la compensation pourra avoir lieu entre les dettes et créances réciproques qui existent entre la femme et le mari représentant la communauté. La question ne se pose bien entendu qu'après la dissolution de la communauté, car c'est à ce moment que se trouve fixée d'une façon définitive la situation respective des trois patrimoines qui existent sous le régime de communauté. Il faut donc admettre que, postérieurement à la déclara-

tion de la faillite du mari, la femme ait amené la dissolution de la communauté en obtenant la séparation de biens. Les créances et dettes réciproques entre la femme d'un côté et de l'autre le mari représentant la communauté sont alors liquides et exigibles, et deux articles se trouvent en présence : l'article 1291 du Code civil et l'article 446 du Code de commerce. Le premier décide que la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles. D'après le second : Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque : tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues, et, pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce.

Nous avons à nous demander maintenant si les dispositions de l'article 446 seront applicables à la femme du failli. Si l'on pense qu'il n'y a pas lieu d'établir une balance entre le crédit et le débit de la femme, on devra la contraindre à payer intégralement à la communauté les sommes dont elle est débitrice, sauf à se présenter ensuite à la faillite de son mari comme créancière pour tout ce qui lui est dû, et à n'être payée comme les autres créanciers qu'en monnaie de faillite. Cette situation sera loin d'être favorable à la femme, tandis que si on lui accorde le bénéfice de l'article 1291, elle pourra exercer ses reprises dans la limite de ce dont elle était débitrice

envers son mari ou envers la communauté, et, pour le surplus, viendra à la faillite recevoir un dividende comme les autres créanciers.

Deux arrêts des Cours de Caen et d'Amiens (Caen, 27 juin 1874 ; Amiens, 16 mai 1877) ont admis la compensation en se fondant sur cette idée, que la balance du compte des récompenses et des reprises constitue seule la femme débitrice ou créancière dans la faillite. M. Labbé adopte la solution de cette jurisprudence : « La femme ne peut pas agir à son gré en liquidation de ses créances contre son mari, elle doit attendre une cause de dissolution de la communauté; elle est en outre placée, relativement à son mari, dans un état d'incapacité qui mérite une protection spéciale. La liquidation de la communauté, opérée après la déclaration de faillite de son mari, doit avoir à son égard, les mêmes effets que s'il s'agissait, en fait, d'un mari *integri status*; c'est-à-dire non frappé de dessaisissement, non soustrait au droit commun. » Ainsi donc, d'après M. Labbé, la femme n'a pas mérité la situation déplorable que lui ferait l'application rigoureuse de l'article 446. La femme n'a pas pu demander la séparation de biens avant la déclaration de faillite du mari, à seule fin de rendre possible la compensation ; c'eût été précipiter la catastrophe, et on ne peut lui reprocher de n'avoir pas, pour sauvegarder ses intérêts pécuniaires, donné aux créanciers de son mari le signal des poursuites.

La compensation, entre dettes derivant d'une même cause, n'est pas rendue impossible par la déclaration de faillite : ainsi, lorsqu'il s'agit d'un compte courant, les remises continuant sans fraude jusqu'à la faillite, et même après l'époque fixée par le tribunal comme

étant celle de la cessation des paiements, le contractant ne sera créancier ou débiteur de la faillite que pour la différence indiquée par la balance des deux comptes. En effet, le contrat du compte courant consiste dans une série d'opérations indivisibles, et ce n'est qu'au moment où ce contrat prend fin qu'il peut y avoir un débiteur et un créancier ; suivant que la balance est en faveur de l'une ou de l'autre des parties, celle-ci devient alors créancière et l'autre débitrice.

Une solution semblable nous est fournie par l'article 578 du Code de commerce qui décide que, lorsqu'une vente a été conclue par le failli avant la déclaration de faillite, les syndics auront, sous l'autorisation du juge commissaire, la faculté d'exiger la livraison des marchandises, en payant au vendeur le prix convenu entre lui et le failli. Plusieurs décisions de la jurisprudence (Paris, 3 fév. 1448 ; Bordeaux, 16 août 1870 ; Cass., 8 juil. 1862) sont encore autant de preuves à l'appui de notre système que la faillite ne met pas obstacle à la compensation légale entre créances et dettes résultant d'une même cause. On ne peut pas scinder les obligations qui sont nées d'un contrat ou d'un quasi-contrat. Chacune des parties n'est tenue d'exécuter son engagement que si l'autre partie l'exécute aussi dans les termes de la convention. Or il est intervenu entre le failli et sa femme un contrat synallagmatique qui s'appelle le contrat de mariage, duquel découlent toutes les obligations contractées réciproquement entre eux. Et qu'on ne vienne pas nous opposer que nous ne respectons pas l'égalité entre créanciers, car il est une autre égalité bien plus importante à laquelle ne s'arrête pas le système adverse : c'est celle qui doit exister entre deux contrac-

tants à titre onéreux ; on ne peut pas exiger que l'une des parties exécute entièrement son obligation, tandis que l'autre ne fournira qu'une fraction de ce qu'elle s'était engagée à donner. Enfin, si l'on considère la femme mariée sous un régime qui lui laisse la libre disposition de ses biens, cette dernière exigence, que l'on suppose n'être pas remplie dans notre espèce, sera réalisée et la compensation aura lieu ; et ainsi, sous le régime que le législateur a vu avec le moins de faveur, la femme se trouvera dans une situation bien préférable. Sous les autres régimes, au contraire, la femme sera poussée à demander sa séparation de biens sur le moindre soupçon de danger aux risques, comme nous l'avons dit, de précipiter la faillite de son mari. Nous déciderons donc, en conséquence, que l'article 446 ne met pas obstacle à la compensation entre les reprises que le mari, représentant de la communauté, doit à sa femme, et les indemnités que celle-ci doit à la communauté.

CHAPITRE III

Restrictions aux droits de la femme au point de vue de son hypothèque légale

D'après les articles 2121 et 2135 du Code civil, les femmes mariées ont une hypothèque légale sur tous les immeubles de leur mari, à raison de leurs dots et conventions matrimoniales, à compter du jour de leur mariage; pour les successions à elles échues ou les donations à elles faites pendant le mariage, à compter du jour de l'ouverture de ces successions ou du jour que ces donations produisent effet; et enfin, à raison des dettes qu'elles ont contractées avec leur mari, et pour le remboursement de leurs biens propres aliénés, sans remploi, à compter du jour de l'obligation ou de l'aliénation. Cette hypothèque légale de la femme s'étend sur tous les immeubles du mari sans exception, et sans qu'il y ait à distinguer entre les biens qu'il possédait au jour de son mariage et ceux qu'il a postérieurement acquis, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. Elle garantit toutes les reprises de la femme, et il n'y a pas à distinguer si elles sont ou non comprises dans l'énumération de l'article 2135, qui n'est pas limitative, mais a été faite en vue des cas qui se présentent le plus fréquemment. La femme ne pourra donc invoquer le bénéfice de son hypothèque légale dans tous les cas où

elle aurait des reprises à exercer et quelle que soit la nature de ces reprises. Quant aux créances dont la loi n'a point parlé, il faudra déterminer la date de l'hypothèque qui les garantit, par analogie des cas prévus. En effet, la loi, ne pouvant tout régler et tout prévoir, a dû choisir, parmi les mille espèces qui se peuvent présenter, les cas les plus habituels, et manifester, dans les décisions particulières qu'elle leur applique, les pensées diverses qui l'ont inspirée et dirigée.

La loi commerciale apporte au droit commun certaines restrictions, mais elle procède par voie d'exception, et les articles du Code civil devront être appliqués dans toutes les hypothèses où le Code de commerce ne s'est pas prononcé d'une manière formelle. Ainsi l'article 446 qui n'annule que les hypothèques conventionnelles ou judiciaires ne recevra point d'application en matière d'hypothèque légale ; celle-ci peut donc être acquise à la femme pendant la période qui sépare la cessation de paiements du jugement déclaratif. Les précédents historiques, d'ailleurs, sont une preuve que telle a été l'intention du législateur. En effet, l'article 443 du Code de 1808 : « Nul ne peut acquérir privilège ni hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, » ne fait aucune distinction, et la généralité de ses termes avait soulevé jadis une grave controverse. Certains auteurs soutenaient qu'il fallait annuler toute hypothèque légale constituée depuis la période suspecte ; d'autres proposaient d'annuler les hypothèques légales prenant naissance à la suite d'une convention et de valider seulement celles qui existent indépendamment de toute convention et par la seule force de la loi ; c'était donc annuler l'hypothèque légale

de la femme qui pouvait servir à cacher les fraudes. « Dans ce cas, dit M. Pardessus, il y a convention, stipulation libre, et par conséquent possibilité de tromper les tiers. » Enfin ceux dont l'opinion avait prévalu validaient toujours l'hypothèque légale de la femme mariée.

La loi de 1838 frappe de nullité les hypothèques conventionnelles et judiciaires et en excepte toutes les hypothèques légales. Grâce à cette immunité dont jouit l'hypothèque légale de la femme, on a pu imaginer une fraude qui permettra d'éluder la disposition de l'article 446 relative à l'hypothèque consentie à un créancier pour dettes antérieurement contractées. En effet, la femme qui s'oblige solidairement avec son mari et qui est réputée, à l'égard de celui-ci, ne s'être obligée que comme caution, doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée ; or rien n'empêche la femme de subroger à son hypothèque légale le créancier envers lequel elle s'est obligée solidairement avec son mari, et de donner ainsi à ce créancier un droit de préférence au détriment de la masse ; car la femme, après avoir désintéressé le créancier en question, présentera elle-même une créance garantie par son hypothèque légale, qui lui sera intégralement remboursée dans la liquidation de la faillite. Cette hypothèque a donné lieu à de nombreuses controverses. D'après les uns, l'hypothèque légale est nulle et la femme ne reste même pas obligée envers son créancier. Ce système a été soutenu par la Cour de Nancy qui reconnaît que le mari frappé personnellement par la faillite d'une incapacité absolue de créer sur ses biens aucun droit de préférence, n'a pu, sans faire un exercice abusif de sa puissance maritale,

habiliter sa femme à contracter avec lui des obligations qui aboutiraient à constituer sur ses biens un droit d'hypothèque. La Cour annule également l'engagement contracté par la femme. — Il est de l'essence du cautionnement que la caution puisse exercer son recours contre le débiteur principal, et ce principe s'applique d'une manière toute spéciale au cautionnement de la femme mariée qui ne contracte jamais pour son mari que sous la condition de l'indemnité que lui accorde l'article 1431 et de l'hypothèque légale que lui donne l'article 2135 pour garantir son recours contre son mari. La conséquence de ce principe doit être l'annulation des engagements pris par la femme, lorsqu'elle est privée, par l'absence de toute hypothèque légale, du recours utile sur lequel elle a dû compter et sans lequel elle ne se serait pas obligée : s'il en était autrement, la protection dont la loi entoure la femme ne serait plus pour elle qu'une illusion dangereuse, qui la conduirait le plus souvent à sa ruine ; la nullité de l'hypothèque légale de la femme sur les biens de son mari doit donc entraîner aussi, par voie de conséquence, celle des obligations contractées par elle au profit d'un créancier. La Cour de Poitiers déclare nulle l'hypothèque légale de la femme, mais maintient la validité de son engagement à l'égard des tiers, en se fondant sur ce que l'engagement que la femme autorisée a contracté envers le créancier de son mari est indépendant de l'indemnité à laquelle lui donne droit l'article 1431 et de l'hypothèque légale que lui donne l'article 2135 ; que l'efficacité de cette hypothèque n'est pas une condition essentielle de son obligation ; que s'il en était autrement, les créan-

ciers chirographaires de la femme, qui pouvaient toujours agir contre elle, seraient plus favorisés que le créancier hypothécaire, qui perdrait ainsi non seulement son action hypothécaire, mais aussi son action personnelle.

D'après un autre système, soutenu par MM. Aubry et Rau, l'obligation de la femme est valable en principe, sauf le cas où il y a dol ou violence exercée contre elle; mais l'hypothèque qui garantit sa créance est nulle si elle a agi de mauvaise foi.

M. Bertauld fait une distinction : si le créancier a connu la cessation de paiements de la part du mari ou sa détresse, la femme doit être libérée ; dans le cas contraire, elle doit être tenue.

Nous pensons avec MM. Aubry et Rau que la femme acquiert une hypothèque opposable aux créanciers de la faillite toutes les fois qu'elle aura agi de bonne foi. L'article 446 est formel, il n'annule que les hypothèques conventionnelles et judiciaires, sans toucher aux hypothèques légales; par conséquent, l'hypothèque légale d'indemnité de la femme sera valable et pourra être exercée soit par la femme, soit par les créanciers subrogés. On nous objectera peut-être que cette hypothèque garantissant les indemnités dues à la femme pour les obligations qu'elle a contractées pour son mari, est une véritable hypothèque conventionnelle, une hypothèque irrégulière, comme on l'appelait dans l'ancien droit; mais on pourra néanmoins appliquer ici l'article 1167, car, bien que l'hypothèque dont il s'agit cause aux créanciers de la faillite un préjudice égal à celui que leur occasionnerait une hypothèque conventionnelle, il faut encore faire admettre l'intention frau-

duleuse, et nous la supposons absente. Si, au contraire, la femme s'obligeant envers le créancier connaissait ainsi que lui l'état de cessation de paiements de son mari, les créanciers dela faillite, invoquant l'article 447, pourront faire déclarer nulle l'hypothèque légale de la femme. La nullité de cette hypothèque et de la subrogation sera demandée au nom de la masse par le syndic.

Écartant toute idée de dol ou de violence, nous admettrons que l'engagement de la femme subsiste, à l'égard du créancier cautionné, lorsqu'il a été de bonne foi. Il n'est pas injuste, en effet, de déclarer que la femme reste tenue envers son créancier alors qu'on la prive de son hypothèque légale, car, lorsque la femme s'est engagée pour son mari dont elle connaissait la situation, elle l'a fait à ses risques et périls; Elle n'a donc pas à se plaindre; si d'ailleurs elle a été de bonne foi, elle sera protégée par son hypothèque légale.

Nous avons maintenant à examiner comment la femme conservera son hypothèque légale.

Autrefois cette hypoihèque était dispensée d'inscription, et échappait par conséquent à l'application de l'article 448 du Code de commerce, qui est ainsi conçu : « Les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite. Néanmoins, les inscriptions prises après l'époque de la cessation de paiements, ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées nulles s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription. » L'article 8 de la loi du 23 mars 1855 vint restreindre la clandestinité de l'hypothèque légale de la femme mariée en limitant la

dispense d'inscription à une année après la dissolution du mariage : « Si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayant-cause, n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement. » Ainsi donc l'hypothèque légale de la femme conserve son rang si elle est inscrite dans le délai d'un an ; sinon, elle ne prend rang que du jour de l'inscription, comme toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire. Là vient se placer une controverse. On s'est demandé si l'article 448 était applicable à l'hypothèque légale de la femme. Cette hypothèque qui n'a pas été inscrite dans le délai déterminé par l'article 8 pourrait-elle être encore inscrite après le jugement déclaratif de la faillite, et pourrait-on annuler l'incription prise dans la période suspecte, s'il s'était écoulé plus de quinze jours depuis la date de l'acte constitutif?

On a soutenu que l'article 448 était applicable à l'hypothèque légale de la femme mariée ; qu'en soumettant l'hypothèque légale à l'inscription, la loi de 1855 avait abrogé par cela même les différences qui existaient entre cette hypothèque et l'hypothèque conventionelle ou judiciaire ; qu'elle l'avait soumise aux règles de publicité ordinaire. Les fraudes sont possibles, car le silence de la femme ou de ses héritiers peut avoir été calculé, d'accord avec le failli, pour tromper les créanciers. Enfin l'hypothèque légale n'est annulable que si elle est prise après la quinzaine qui suit l'expiration de l'année postérieure à la dissolution du mariage ; ce n'est qu'après l'expiration du délai de l'article 8 qu'elle est

soumise aux mêmes règles d'inscription que les hypothèques ordinaires ; alors elle doit avoir, comme elles et depuis ce jour, un délai de quinzaine pendant lequel elle échappe à l'application de l'article 448.

Nous n'admettons pas ce système. L'article 8, sans vouloir porter atteinte à l'existence de l'hypothèque légale, a simplement voulu organiser sa publicité. Cet article ne statue que sur le rang de l'hypothèque légale, tandis que l'article 448 statue sur la validité. L'hypothèque légale diffère d'ailleurs essentiellement de l'hypothèque conventionnelle ou judiciaire ; elle découle d'un fait et non d'un acte ; on ne sait donc pas quel peut être le point de départ du délai de quinze jours dont parle l'article 448, car il n'y a pas d'acte constitutif, comme l'exige cet article. Le délai d'un an accordé par le législateur doit donc être maintenu dans tous les cas, et aucun évènement ne saurait priver la femme de ce bénéfice, qui équivaut à la prolongation de la dispense d'inscription pendant ce délai. Le renouvellement des inscriptions, dit M. Troplong, se pratique très bien après l'un de ces faits qui font obstacle à de nouvelles inscriptions. De même, dans notre espèce, les inscriptions à prendre par la veuve ou le pupille devenu majeur, ayant un caractère purement conservatoire, doivent être permises dans l'année de grâce, même après la transcription d'une vente, la faillite du débiteur ou sa mort en etat de déconfiture.

Le but du législateur, du reste, dans l'article 448, était de prévenir la fraude ; les créanciers hypothécaires pouvaient en effet, sans cet article, tenir secrètes leurs hypothèques, grâce à leurs droits réels de l'actif ainsi augmenté. La fraude était, en effet, possible pour les

hypothèques conventionnelles et judiciaires qui ne sont révelées aux tiers que par l'inscription, tandis qu'il était facile pour les créanciers de savoir si les biens de leur débiteur étaient grevés par des hypothèques légales.

IMMEUBLES GREVÉS PAR L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

Lorsque le mari est commerçant au jour de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant à ce moment aucune profession déterminée, il l'est devenu dans l'année, l'article 563 du Code de commerce vient restreindre à deux points de vue l'hypothèque légale de la femme :

1° Au point de vue des immeubles qui en sont grevés ;

2° Au point de vue des créances garanties par cette hypothèque.

Les articles 551, 552, 553 du Code de commerce contenaient des dispositions plus rigoureuses. D'après l'article 551, la femme n'avait d'hypothèque, pour les deniers ou effets mobiliers qu'elle justifiait par actes authentiques avoir apportés en dot, pour le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage et pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari, que sur les immeubles qui appartenaient à son mari à l'époque de la célébration.

D'après l'article 552, était assimilée à la femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, la femme qui avait épousé un fils de négo-

ciant n'ayant à cette époque aucun état ou profession déterminée et qui était devenu lui-même négociant.

Enfin, d'après l'article 553, l'article 551 était encore applicable à la femme dont le mari n'ayant, au moment du mariage, aucune profession déterminée, était devenu commerçant dans l'année.

Le Code de 1807 était donc plus sévère que notre loi de 1838, puisqu'il ne faisait porter l'hypothèque légale de la femme que sur les biens appartenant au mari le jour du mariage, en lui refusant son hypothèque sur les biens que le mari avait acquis depuis, soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit. On craignait que les donations ne servissent à couvrir une acquisition à titre onéreux faite par le mari ; quant aux successions, on redoutait que dans le partage le mari ne se fît attribuer des immeubles plutôt que des meubles, afin d'augmenter la garantie hypothécaire de sa femme. Ce défaut de garantie pour les dots confiées aux commerçants, même à ceux qui avaient les plus belles espérances dans l'expectative de la fortune paternelle, rendrait leur mariage difficile, sans profit pour les tiers.

On sentait le besoin d'une réforme sur ce point, et la loi de 1838, tempéra la rigueur excessive du Code, tout en conservant les restrictions nécessaires dans l'intérêt des créanciers.

Tout d'abord, lors de la rédaction nouvelle, et malgré les réclamations nombreuses qui s'étaient élevées, les dispositions de l'ancienne loi avaient été maintenues ; mais, à la Chambre des députés, l'hypothèque légale de la femme trouva un défenseur dans M. Goupil de Prefeln qui proposa de limiter les restrictions aux immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage ; telle est,

du reste, la rédaction actuelle de l'article 563. M. Moreau (de la Meurthe), trouvant cette proposition trop libérale, proposa un amendement qui ne soumettait à l'hypothèque que les biens acquis par succession. « Le législateur, disait-il, n'a pas voulu accorder hypothèque à la femme sur les biens acquis par le mari postérieurement au mariage, parce qu'il a pensé que le mari, pressentant sa faillite, pourrait acheter des immeubles en vue de l'hypothèque de la femme et pour placer celle-ci dans une situation plus favorable que les autres créanciers. Mais lorsque les immeubles arrivent au mari non par acquisition, mais par succession, cette crainte doit disparaître entièrement. Il faut qu'un père de famille puisse avec sécurité marier sa fille à un jeune négociant qui n'a point d'immeubles mais dont les parents en possèdent. » Ainsi donc la restriction à l'hypothèque légale de la femme subsistait sur les immeubles, acquis au mari par donation pendant le mariage. M. Moreau prétendait qu'il n'était pas possible au mari de tromper ses créanciers en se faisant attribuer dans le partage d'une succession toute sa part en immeubles, à cause du droit que l'article 882 du Code civil accorde aux créanciers d'intervenir au partage et de s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors leur présence.

L'amendement fut adopté. Dans le second projet présenté ensuite au gouvernement, on fut frappé du défaut de logique de cette disposition et on assimila aux biens acquis par succession les biens acquis par donation. Voici en quels termes est conçue la première partie de l'article 563: « Lorsque le mari sera commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant cas alors d'autre profession déterminée, il

sera devenu commerçant dans l'année, les immeubles qui lui appartiendraient à l'époque de la célébration du mariage ou qui lui seraient advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre vifs ou testamentaire, seront seuls soumis à l'hypothèque de la femme. » Le motif de cette restriction, c'est la crainte de voir le mari au moment où il sent sa ruine approcher, acquérir, avec l'actif, des immeubles dans le but d'assurer à sa femme un paiement intégral, tandis que ses créanciers sont réduits à une quote-part insignifiante. Lorsque l'acquisition a été faite avant le mariage, on ne peut présumer chez le mari une intention frauduleuse, car il n'a aucun motif de préférer les immeubles aux meubles, tous demeurant également le gage de ses créanciers.

L'hypothèque légale de la femme frappe donc tous les biens qu'avait le mari au jour de la célébration du mariage et tous ceux qui lui sont advenus depuis par succession, donation ou testament. A l'égard des immeubles qui appartenaient au mari au jour de la célébration du mariage, il n'y a pas lieu de distinguer si le prix a été payé avant le mariage ou s'il ne l'a été qu'après. On pourrait craindre cependant que l'immeuble acheté avant le mariage fût payé après avec les deniers des créanciers. Mais alors les dispositions de l'article 563 n'auraient pas été suffisantes, car il aurait fallu refuser hypothèque à la femme sur tous les biens acquis à titre onéreux depuis le jour où le mari a commencé le commerce. Le Code de 1807 lui-même avait rejeté cette distinction ; ses rédacteurs avaient sans doute considéré qu'au moment du mariage, le débiteur pouvait constituer hypothèque sur ses immeubles présents, et que ce que le mari pouvait faire en faveur d'un tiers,

la loi pouvait le faire en faveur de la femme. D'ailleurs il eût été véritablement bizarre de mettre l'effet avant la cause, de faire subir à la femme les conséquences de cette qualité de femme mariée pour un temps où elle n'existait pas encore. Qu'elle subisse, dans une certaine mesure, les effets de la mauvaise fortune de son mari à compter du jour du mariage, ce'a est assez équitable ; mais, pour le temps antérieur, ses droits doivent rester entiers.

Ce qu'on a voulu éviter surtout, c'est que le mari, prévoyant sa ruine, détournât du commerce une partie importante de ses capitaux, afin de les immobiliser, afin d'assurer à la femme le paiement de ses droits et de lui conserver une fortune dont ils jouiraient paisiblement ensemble. Pareil calcul n'est guère à prévoir lorsque les immeubles sont entre les mains du mari dès avant le mariage; voilà pourquoi la disposition de l'article 563 est restreinte aux immeubles acquis depuis la célébration.

L hypothèque légale de la femme porte aussi sur les biens acquis par prescription pendant le mariage, sans distinguer si la possession a commencé ou non avant le jour de la célébration ; ces biens ne peuvent être atteints par la présomption légale de l'article 563, puisque très certainement l'argent des créanciers n'a pas servi à les acquérir ; ils doivent donc rester soumis à la règle générale.

On devra appliquer la même solution pour l'immeuble vendu à réméré avant le mariage, lorsque le réméré a été exercé pendant le mariage ; il y a là une condition résolutoire qui se réalise à la suite du rachat et en vertu de laquelle la vente est rétroactivement

effacée ; la propriété est donc réputée n'être jamais sortie des mains du mari.

Lorsqu'un immeuble est acquis par le mari en remploi ou en échange d'un autre immeuble qui lui appartenait avant le mariage, l'immeuble ainsi substitué est, comme l'autre, soumis à l'hypothèque légale, à condition que le remploi ou l'échange soit régulièrement constaté. Si cependant la valeur du nouvel immeuble dépassait de beaucoup la valeur de l'ancien, on devrait considérer cette opération comme un véritable achat et accorder aux créanciers un secours à raison de la soulte payée par le mari dans le remploi ou l'échange.

Si le mari a fait des constructions sur un immeuble qui lui appartenait déjà lors du mariage, ou qui lui est advenu depuis par succession ou par donation, l'hypothèque légale de la femme s'étendra-t-elle à la plus-value ainsi produite? On sait qu'aux termes de l'article 2133 du Code civil, toutes les améliorations qui sont apportées à l'immeuble hypothéqué viennent augmenter le gage du débiteur ; et ici, par « améliorations », on doit entendre même les constructions nouvelles qui légalement ne font qu'un avec le sol sur lequel elles sont élevées, en vertu du principe : *omnes quod solo ædificatur solo cedit*. En cas de faillite du mari, l'hypothèque légale de la femme porte-t-elle encore sur ces améliorations et constructions ? Si l'on admet cette opinion, on fait violence à l'esprit de l'article 563 pour s'attacher aux termes du droit civil ; car les constructions élevées sur l'immeuble ont pu, aussi bien que les acquisitions faites pendant le mariage, provenir des deniers des créanciers. Aussi nous admettrons que, toutes les fois qu'il y aura construction nouvelle, c'est-à-dire im-

meuble nouveau pouvant matériellement être distingué de l'immeuble primitif, cette construction ne devra pas être comprise dans l'hypothèque de la femme, car c'est un immeuble acquis pendant le mariage autrement que par succession, donation ou testament, et qui, à ce titre, en vertu des termes formels de l'article 563, doit être soustrait à l'hypothèque légale. Aux créanciers incombera la charge de prouver, au moyen d'une expertise ou par témoins, l'importance de la plus-value que les travaux ont donnée à l'immeuble, mais on ne devra leur accorder un recours qu'à raison des dépenses qui ont apporté une plus-value réelle ; ainsi donc resteront soumises à l'hypothèque légale les réparations urgentes et nécessaires, qui, loin d'être le résultat d'une fraude, sont au contraire l'acte d'un bon administrateur.

L'hypothèque légale de la femme grève-t-elle l'immeuble indivis sur lequel le failli successible a acquis la part de ses cohéritiers ? Il n'est pas douteux qu'elle s'exerce sur la portion qui revenait à ce débiteur en vertu de son droit héréditaire, car l'article 563 du Code de commerce veut qu'elle porte sur les biens advenus au failli par succession. Mais, quant aux parts des cohéritiers, la question est beaucoup plus délicate. Il faut d'abord mettre de côté le cas où le mari aurait acquis cet immeuble par suite d'un partage où les cohéritiers auraient été remplis de leurs droits en valeurs héréditaires. On doit admettre sans hésiter que l'hypothèque de la femme passerait sur cet immeuble tout entier. Il est vrai que, dans l'espèce, il y aurait une fraude à craindre, le mari héritier pouvant se faire attribuer un immeuble au lieu de recevoir sa part en argent. Le législateur cependant n'a pas cru devoir, dans cette hypo-

thèse, accorder de protection aux créanciers, auxquels la loi permet du reste d'intervenir au partage. Mais lorsque le failli a été obligé de payer de ses deniers les parts indivises de ses copropriétaires pour obtenir tout l'immeuble, on peut alors se demander si l'hypothèque légale portera sur l'immeuble entier ou sur la portion qui appartenait au mari au jour de la célébration du mariage? Qui l'emportera, dans ce cas, de l'article 563 qui refuse à la femme toute hypothèque sur les immeubles acquis pendant le mariage à titre onéreux, ou de l'article 883 qui considère l'immeuble comme ayant passé directement de la tête du défunt sur celle de l'héritier?

Ici le droit d'intervention des créanciers ne les met pas à l'abri des fraudes possibles; ils ont le pouvoir d'empêcher qu'un immeuble soit mis au lot d'un cohéritier au lieu et place de valeurs mobilières, mais ils ne peuvent pas, lorsque la licitation d'un immeuble impartageable a lieu, empêcher que leur débiteur s'en porte adjudicataire.

La Cour suprême s'est prononcée en faveur de la femme, et M. Labbé a soutenu ce système en se fondant pour cela sur la fiction de l'article 883 qui veut que l'on considère l'immeuble acquis par l'un des cohéritiers sur ses cohéritiers comme lui ayant appartenu tout entier à titre successoral depuis le commencement de l'indivision. En effet, l'article 563 du Code de commerce, suprimant l'hypothèque légale de la femme du commerçant sur tout immeuble acquis pendant le mariage, autrement que par donation ou succession, n'apporte aux principes du Code civil aucune restriction et ne déroge par conséquent en nulle façon à l'ar-

ticle 883 du Code civil et à l'effet déclaratif que cet article donne au partage. Le mari qui s'est rendu acquéreur de tout l'immeuble dans lequel il avait, comme héritier, une part indivise, devient propriétaire de tout cet immeuble à titre d'héritier, en vertu du principe déclaratif; il acquiert donc cet immeuble par succession, et cet immeuble se trouve grevé de l'hypothèque légale de la femme. L'article 563, d'ailleurs, en soumettant à l'hypothèque légale les immeubles advenus par succession, a dû prévoir l'éventualité d'un partage, et par conséquent admettre ce partage avec tous les effets que la loi lui a attachés.

Cette solution est encore conforme à l'equité, car si l'un des cohéritiers du mari s'était porté adjudicataire, la femme, subissant ainsi les conséquences de la rétroactivité, aurait perdu son hypothèque et les créanciers auraient obtenu un bénéfice égal à son préjudice; or il est juste que l'article 883 soit appliqué à la femme aussi bien lorsqu'il lui est utile que lorsqu'il lui est désavantageux. Ce que le législateur a eu en vue, d'ailleurs, en apportant par l'article 563 certaines dérogations aux règles du droit commun, c'est la crainte de la fraude; or, dans une acquisition faite sur licitation, l'intention frauduleuse est trop rare pour qu'il soit permis d'en faire le fondement d'une présomption. Cette acquisition faite par le mari est pour lui le seul moyen de garder sa part dans l'immeuble.

Nous admettrons cette opinion, malgré les arguments sérieux qui militent en faveur du système contraire.

La fiction de l'article 883, qui n'est elle-même qu'une exception, a-t-on dit, s'évanouit devant une exception contraire et plus puissante qu'elle, devant la faillite

du mari, situation anormale du négociant imprudent ou malheureux. En repoussant les règles hypothécaires du Code civil, le législateur n'a pu garder leurs conséquences ; or c'est là ce qui se produirait ici ; si la loi prétend que toutes les acquisitions faites à titre onéreux par le mari ont été payées des deniers de ses créanciers, on ne voit pas pourquoi l'acquisition faite sur licitation de la portion indivise d'un immeuble ne serait pas soumise à la présomption générale. Il faudrait donc décider que l'hypothèque légale doit être limitée à la portion indivise pour laquelle elle était fondée à l'origine, et rejeter, comme contraire à l'esprit de la loi, l'application à l'espèce qui nous occupe, de la fiction de l'article 883, qui n'a été introduite que dans le but de simplifier les questions du partage en faisant tomber les hypothèques consenties pendant l'indivision par celui des copropriétaires à qui l'immeuble ne vient pas à échoir.

Ce qui est vrai de l'immeuble indivis acquis par succession l'est aussi de l'immeuble acquis par le mari à titre de donation, et la solution sera la même pour les constructions ou améliorations réalisées par le mari sur l'immeuble qui lui est advenu pendant le mariage à titre de donation.

Quant aux immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage, ils resteront libres entre les mains des créanciers de toute affectation spéciale aux droits de la femme. Il en sera ainsi toutes les fois que la masse sera intéressée à ce que l'immeuble soit soustrait à l'hypothèque, alors même qu'il aurait été vendu pendant le mariage ; mais que le prix en serait encore dû au moment de la faillite. L'article 563 est, en effet, applicable chaque fois

que l'intérêt de la masse est en jeu. Tout autre serait la solution si la femme, ayant obtenu un jugement de séparation de biens avant la faillite, avait fait liquider les reprises et s'était fait colloquer sur le prix de vente de l'immeuble ; dans cette hypothèse, la contestation s'élevant entre la femme et le mari *integri status*, on doit s'en référer aux règles de droit commun.

La femme du failli qui a renoncé à la communauté après la séparation de biens a-t-elle hypothèque légale sur un immeuble ameubli par le mari ? On peut généraliser cette question et se demander si, en cas d'acceptation ou de refus, la femme pourrait exercer ses droits conformément au droit commun, ou si, au contraire, elle se verrait repoussée par l'article 563.

La Cour de cassation s'est prononcée pour la première opinion ; cette décision rendue en cas de renonciation nous paraît devoir être admise dans tous les cas. On objecte tout d'abord qu'aux termes de l'article 563 du Code de commerce, l'hypothèque légale de la femme ne porte pas sur les conquêts de communauté ; mais, si l'immeuble ameubli par le mari est bien un conquêt de communauté, il ne rentre cependant pas dans la classe d'immeubles que l'article 563 dispense de l'hypothèque légale de la femme, car le mari en était propriétaire avant le mariage, et la loi n'a ici aucune fraude à redouter de la part du mari.

C'est à la femme qu'incomberait la charge de prouver et l'époque où les immeubles sont advenus au mari et la manière dont il les a acquis. De quels modes de preuve devra-t-elle se servir ? Nous ne trouvons sur ce point dans l'article 563 aucune dérogation au droit commun. On devra donc permettre à la femme tous les modes de

preuve même la preuve testimoniale, car la femme doit bénéficier ici des dispositions de l'article 1348 du Code civil ; il lui sera le plus souvent impossible de se procurer une preuve littérale constatant l'effet qu'elle a intérêt à prouver. C'est ainsi que la Cour de Grenoble (28 janvier 1858) a autorisé la femme à prouver par témoins qu'une acquisition constatée paracte authentique avait été faite en réalité à une époque antérieure à celle de l'acte, et que souvent on lui a permis de prouver qu'un acte sous seing privé avait été postdaté. Il est de principe, en effet, que les tiers peuvent toujours prouver, même par témoins, les simulations d'actes qui portent atteinte à leurs droits ; or ici la femme est un tiers vis-à-vis du mari.

CRÉANCES GARANTIES PAR L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

Aux termes de l'article 563, la femme aura hypothèque légale :

1° Pour les deniers et les valeurs mobilières apportés en dot par la femme ou qui lui seraient advenus depuis le mariage par succession ou donation entre vifs ou testamentaire, et dont elle prouvera la délivrance ou le paiement par acte ayant date certaine ;

2° Pour le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage ;

3° Pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari.

La femme est donc tenue ici de prouver directement la délivrance et le paiement, par acte ayant date certaine,

des deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot, ou qui lui seront advenus depuis le mariage par succession ou par donation, tandis qu'elle pourrait, d'après les règles ordinaires, en établir la consistance et la valeur par des actes sous seing privé, soit même, dans certains cas, par la preuve testimoniale et la commune renommée.

Le Code de 1807 était plus rigoureux encore que la loi nouvelle. L'ancien article 551 exigeait d'une façon absolue la preuve par acte authentique et n'autorisait qu'à cette condition la reprise des biens apportés en dot. Cet article ne contenait rien de spécial quant à la preuve du paiement et de la délivrance entre les mains du mari, en sorte qu'on pouvait se demander si la preuve par acte authentique était également nécessaire dans ce cas; mais la jurisprudence, interprétant ces mots : « qu'elle justifiera par actes authentiques avoir apportés en dot, » exigeait de la femme une preuve authentique de ce paiement ou de cette délivrance. La rédaction nouvelle a mis fin à cette discussion et corrigé les termes ambigus de la loi de 1807 en exigeant que la femme fournisse la preuve de la délivrance ou du paiement effectif de ses apports.

En ce qui concerne les apports de la femme, l'article 563 déroge au droit commun en exigeant la preuve par acte ayant date certaine lorsque le mari est en faillite. Quant à la garantie de remploi des biens aliénés, quant à celle des indemnités dues à la femme, il faut se référer, en règle générale, aux dispositions du Code civil.

La femme qui a contracté une dette pour son mari ou pour la communauté, mais qui ne l'a pas encore payée, peut-elle se faire colloquer hypothécairement

pour le montant de cette dette? Il semblerait tout d'abord qu'en vertu de l'article 562, la négative dût être admise ; mais il faut remarquer que du jour de la faillite le mari est dessaisi de tous ses biens ; qu'il lui est dès lors impossible de payer ses dettes de ses propres deniers, et que la femme ne le peut pas davantage, à moins de divertissement d'actif. La présomption de l'article 562 ne trouve donc pas ici son application, et la femme doit s'appuyer sur les règles du droit commun pour justifier sa demande.

La preuve par acte ayant date certaine, qu'exige l'article 563, est celle dont s'occupe l'article 1328 du Code civil : « Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès verbaux de scellés ou d'inventaires. »

En matière d'hypothèque légale, la loi commerciale n'admet pas, en cas de faillite, la présomption de l'article 1569 qui dit que la dot de la femme est présumée avoir été payée dans les dix premières années du mariage. Néanmoins, dans cette hypothèse, la femme conserve encore la faculté de venir au passif de la faillite comme simple créancière chirographaire de sa dot.

Nous pensons que l'on doit considérer comme acte ayant date certaine l'acte de célébration du mariage lorsqu'il a été dit dans le contrat que cet acte tiendrait lieu de quittance. A notre avis, cette preuve suffit pour permettre à la femme d'exercer son hypothèque légale à raison de sa dot; l'article 563, en exigeant que la quittance ait date certaine, ne la soumet à aucune forme

particulière et l'acte de célébration du mariage a date certaine.

Dans le cas où l'hypothèque légale de la femme aurait été restreinte par l'événement de la faillite, ne pourrait-elle être suppléée avec plus d'étenduè par l'hypothèque judiciaire, si toutefois la femme avait obtenu contre son mari la séparation de biens avant les dix jours précédant l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de paiements? Nous pensons que l'hypothèque judiciaire résultant du jugement de séparation de biens crée à la femme un droit entier qui lui demeure acquis jusqu'au moment où s'ouvre la faillite; mais, à ce moment, il nous semble aussi qu'en présence de l'esprit de la loi, ce droit doit subir une infirmation partielle et rétroactive et être renfermé dans les bornes imposées par la loi à l'hypothèque légale elle-même. Le législateur n'a pas voulu, en effet, que la femme qui n'aurait pas eu un droit de préférence sur les deniers de la faillite pût exercer ce droit sur les immeubles acquis avec ces deniers ; ou n'a pas voulu que les biens acquis par son mari avec le produit de son commerce ou de son industrie fussent soustraits par la femme à l'action des créanciers de la faillite. Or il est bien certain que ce serait éluder la loi que de laisser à l'hypothèque judiciaire toute son étendue; ce système faciliterait la fraude et permettrait à la femme de s'attribuer des droits hypothécaires que le législateur a manifestement cherché à lui enlever. Néanmoins nous admettons avec la Cour de cassation que la femme séparée de corps qui a obtenu contre son mari une pension alimentaire, pour la sûreté de laquelle elle a pris inscription hypothécaire, a droit de se faire colloquer sur les

immeubles acquis par son mari depuis son mariage, sans qu'on puisse lui opposer l'article 563 du Code de commerce. En effet, l'hypothèque judiciaire ne doit souffrir les restrictions apportées par la loi commerciale que parce qu'elle n'est qu'une hypothèque légale déguisée; mais lorsqu'elle n'est pas invoquée pour garantie de reprises, elle doit être maintenue dans toute son étendue.

Aux termes de l'article 508 du Code de commerce, les créanciers hypothécaires qui votent au concordat de leur débiteur failli sont réputés, par cela même, renoncer à leur hypothèque: « Les créanciers hypothécaires inscrits ou dispensés d'inscription, les créanciers privilégiés ou nantis d'un gage, n'auront pas voix dans les opérations relatives au concordat pour lesdites créances, et elles n'y seront comptées que s'ils renoncent à leurs hypothèques, gages ou privilèges. Le vote au concordat emportera de plein droit cette renonciation. » La même solution doit être donnée pour la femme. Elle ne peut cependant renoncer à son hypothèque légale par son vote du concordat sans l'autorisation de son mari, car le vote du concordat ne saurait être rangé dans la catégorie des actes d'administration ; il constitue une véritable aliénation. Il y aura, du reste, lieu de suivre la règle générale, et de considérer comme suffisante l'autorisation tacite résultant du concours du mari à l'acte, sans exiger une autorisation expresse.

Il se peut cependant que le régime matrimonial n'autorise pas cette renonciation ; tel serait le régime dotal, étant admise la doctrine, aujourd'hui consacrée par la jurisprudence, de l'inaliénabilité de la dot mobilière, qui a pour conséquence de défendre à la femme la

renonciation à aucune des garanties qui assurent la restitution de cette dot.

Dans le cas où il aurait été versé entre les mains du mari une somme due à la femme, celle-ci aurait le droit de faire la preuve de sa propriété ; c'est ainsi qu'une femme expropriée par erreur sous le nom de son mari a le droit de répéter contre lui la somme qu'il a touchée ; et même, si le paiement n'avait eu lieu que depuis la faillite et avait été fait entre les mains des syndics, la femme aurait le droit d'en réclamer l'integralité à la masse.

La preuve du versement des deniers provenant de succession ou de donation se fera par tout acte ayant date certaine et constatant la réception de ces deniers ou de ces effets par la femme dûment autorisée. Le plus souvent, il résultera de l'inventaire fait par le mari ou de l'état estimatif joint à la donation.

Telles sont les règles spéciales qui régissent l'hypothèque légale de la femme en cas de faillite. Peu importe qui réclamera les droits de son chef. Que ce soit elle, ses héritiers ou ses créanciers, ils seront tenus de subir ces restrictions. Notons toutefois une exception en ce qui concerne le fils mineur héritier de sa mère et ayant son père pour tuteur. Il ne pourra, du chef de sa mère, exercer son hypothèque que sur les immeubles que nous avons indiqués ; mais il aura, en sa qualité de mineur, une hypothèque générale qui grèvera tous les biens de son père et qu'il pourra opposer à la faillite.

CHAPITRE IV

Restrictions aux droits de la femme au point de vue des avantages matrimoniaux

Il nous reste à étudier l'article 564 : « La femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou dont le mari, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, sera devenu commerçant dans l'année qui suivra cette célébration, ne pourra exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage, et, dans ce cas, les créanciers ne pourront, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par la femme au mari dans ce même contrat. » Cet article reproduit la disposition de l'ancien article 549, avec cette différence cependant qu'il affranchit de l'application de la restriction qui y est contenue toutes les femmes dont le mari n'était pas commerçant à l'époque du mariage, à l'exception seulement de celle dont le mari, qui n'avait à ce moment aucune profession déterminée, avait embrassé la carrière du commerce dans l'année qui a suivi son mariage. La loi nouvelle est donc beaucoup moins rigoureuse que le Code de 1807. L'article 549 avait été, du reste, l'objet de vives discussions ; le Tribunal avait combattu énergiquement l'implacable restriction qui y était contenue ; ces dispositions, avait-on dit, tendent, pour ainsi dire, à mettre

en interdit toute la classe des commerçants, en les privant de la faculté qu'ont les autres citoyens de faire, par contrat de mariage, des avantages à leurs épouses, et elles privent celles-ci de la possibilité de recevoir ces avantages d'une manière assurée. Cependant, lorsqu'un commerçant n'est pas en état de faillite, rien ne doit s'opposer à ce que, pour contracter un mariage qui lui convient, il dispose de ce qu'il veut en faveur de sa future épouse ; et une fois qu'une femme s'est mariée à un commerçant, à certaines conditions avantageuses insérées dans son contrat de mariage, elle a sur les biens de son mari un droit acquis dont on ne pent la priver sans injustice.

Les sections réunies du Tribunat voulaient distinguer entre les droits acquis et ceux qui n'étaient qu'éventuels, les premiers s'exerçant sur les biens actuels du mari, les seconds seulement sur les biens qu'il aurait au jour de sa mort. On proposa donc la réduction suivante : « La femme ne pourra exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage que sur les immeubles existant au jour du mariage et spécialement affectés à leur garantie. » A ces objections on répondit que les avantages faits à la femme par son mari sont un des grands moyens de préparer la ruine des créanciers, voyant avec désespoir une femme que tout le monde avait connue sans fortune jouir tranquillement des biens immenses dont ils étaient dépouillés. Le mariage, disait-on encore, inspirerait, abriterait les fraudes les plus scandaleuses, si toute personne qui se livre au commerce avait la faculté illimitée d'avantager la personne qu'elle se proposait d'épouser. Quel vaste champ ouvert aux combinaisons les plus habiles, aux

spéculations les plus hardies et les plus téméraires ! Assuré qu'on serait de pouvoir placer la fortune qu'on se serait procurée à l'aide d'un crédit usurpé, sous l'abri inexpugnable du mariage, que risquerait-on en se laissant aller aux entreprises, aux illusions même les plus décevantes? La loi, disait-on encore, doit repousser une femme avide, qui, après s'être associée aux chances du commerce de son époux, voudrait, avec un titre odieux par cela même qu'il est lucratif, ravir le gage de ses créanciers.

Ce fut après ces explications que les articles relatifs aux avantages matrimoniaux furent adoptés et devinrent textes législatifs. On craignait en effet que les donations ne fussent un moyen de fraude, car le mari ne devait pas faire à sa femme des libéralités aux dépens de ses créanciers : *nemo liberalis nisi liberatus.* On craignait enfin les scandaleuses fortunes que se seraient procurées les époux grâce à la délivrance de donations, souvent considérables, que la femme pouvait obtenir. Il avait été bien spécifié au cours de la discussion que ces dispositions devraient être entendues dans le sens le plus large et appliquées à tous les avantages matrimoniaux quelle qu'en fut la forme.

A part les restrictions qu'apporte l'article 564 aux dispositions de l'ancienne loi, le Code de 1838 donne les mêmes solutions en notre matière que celui de 1807. Les restrictions qu'il édicte s'appliquent donc :

1° A tous les avantages matrimoniaux, soit en capital, soit en usufruit;

2° Aux libéralités irrévocables ;

3° Aux libéralités qui ne peuvent s'exercer que sur les biens que le mari laissera au jour de son décès.

Notre article ne parle que des donations faites par contrat de mariage, et se tait sur celles qui ont été faites au cours du mariage : faut-il donc, par cela même, conclure à la validité des donations que le mari aurait faites à sa femme *constante matrimonio*? Nous ne le pensons pas. Le législateur a voulu, en cas de faillite, éviter la fraude, et il y fait obstacle, en effet, en annulant toutes les libéralités entre époux ; on doit donc faire entrer dans la catégorie de ces libéralités, des donations destinées plus sûrement peut-être à frustrer les créanciers, car elles sont faites par le mari à une époque où il lui est plus facile qu'au moment du mariage de calculer les chances de sa position.

On a voulu aussi faire une exception pour les avantages définitivement acquis et actuels au jour du contrat. Si la femme, a-t-on dit, ne peut exercer aucune action à raison des avantages portés dans son contrat de mariage, on ne peut pas annuler ceux qui ne sont plus exigibles, mais qui sont déjà perçus, et pour lesquels il n'est plus besoin d'exercer une action. Au cas où la lettre de la loi nous laisserait quelques doutes, son esprit ne nous permet pas un seul instant d'admettre une semblable théorie. D'ailleurs, le motif même qu'on invoque pour la faire prévaloir est loin d'être exact. La femme devra toujours exercer une action, qu'il s'agisse d'un droit de propriété ou d'un droit de créance ; nous restons donc, par conséquent, dans les termes mêmes de l'article 564.

Telles sont les dispositions de l'article 564 ; on ne les appliquera d'ailleurs que lorsque les droits de la femme seront contraires aux intérêts des créanciers de la faillite. Si donc les créanciers ont été désintéressés par le paiement des dividendes déterminés par un concordat,

la femme reprend tous ses droits vis-à-vis du mari et des créanciers postérieurs, sans qu'il soit besoin d'attendre la réhabilitation.

Par une juste réciprocité, le législateur défend aux créanciers du mari de poursuivre la femme ou ses héritiers à raison des avantages matrimoniaux consentis au mari.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — La prohibition de restituer la dot pendant le mariage est une conséquence de la loi *Julia*.

II. — L'action *rei uxoriæ* est une action de bonne foi.

III. — Elle est arbitraire.

IV. — L'insolvabilité du débiteur ne doit pas être supportée par le mari délégataire. La délégation est toujours réputée faite aux risques de la femme.

V. — La loi 30, au Code, *De jure dotium*, ne confère aucun droit réel à la femme mariée.

DROIT COMMERCIAL.

I. — Le jugement déclaratif de la faillite n'entraîne pas de plein droit la séparation de biens.

II. — La présomption établie par l'article 559 du Code de commerce peut être combattue par d'autres moyens de preuve qu'un acte authentique.

III. — La femme qui a échoué dans la reprise en nature de ses meubles propres ne peut se présenter à la faillite comme créancière pour le montant de leur valeur.

IV. — L'hypothèque légale de la femme du failli ne s'étend pas aux améliorations et constructions faites depuis le mariage.

V. — La femme dotale qui vote au concordat conserve néanmoins son hypothéque légale.

DROIT CIVIL.

I. — L'époux dont un propre a été, au cours de mariage, aliéné contre une rente viagère, a droit d'en exiger récompense à la communauté.

II. — La donation d'un immeuble de communauté faite avec le consentement de la femme est valable.

III. — Les produits de l'industrie de la femme dotale n'appartiennent point au mari, à moins que le contraire n'ait été stipulé au contrat de mariage.

IV. — La déclaration d'emploi faite par le mari au profit de la femme dans un acte d'acquisition équivaut à une offre de subrogation.

PROCÉDURE CIVILE.

I. — En cas de faillite du mari, la demande en séparation de biens doit être dirigée par la femme contre le syndic de la faillite.

II. — Une saisie-arrêt ne peut être faite en vertu d'un jugement frappé d'appel.

DROIT PÉNAL.

La déclaration de faillite est le préliminaire indispensable de la poursuite en banqueroute.

DROIT ADMINISTRATIF.

Après la transcription du jugement prononçant l expropriation pour cause d'utilité publique, les créanciers hypothécaires ne peuvent plus prendre inscription du chef de l'exproprié ou des précédents propriétaires.

Vu par le président de l'acte public,
ARTHUYS.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
E. CHAIGNET.

Vu par le Doyen,
L. THÉZARD.

Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatives à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (statut du 9 avril 1825, art. 41), mais non des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée au candidat.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

Paris, imp. Tolmer et Cie. — Succursale à Poitiers.

PARIS
IMP. TOLMER ET Cie
Succursale à Poitiers